

Universidad Nacional de La Plata  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Maestría en Derechos Humanos

**El principio de *ultima ratio*.  
Fundamentos en el Derecho Internacional de  
los Derechos Humanos para una política  
criminal minimalista.**

Maestrando: Lisandro Ozafrain  
Director de Tesis: Alberto Martín Binder  
Codirector de Tesis: Carlos Alberto Vallefín

**Año 2016**

# Índice

<b>I. Introducción y plan de trabajo</b>	<b>7</b>
<b>II. Conceptualizaciones del principio de <i>ultima ratio</i></b>	<b>11</b>
1. Del poder penal y sus límites.	11
1.1. Sobre el concepto de poder penal.	11
1.2. Los orígenes del poder penal: entre la venganza y el pensamiento mágico.	14
1.3. Los límites al poder penal.	16
1.4. El origen de la fórmula " <i>ultima ratio</i> ".	17
2. El principio de <i>ultima ratio</i> y el penalismo ilustrado.	19
2.1. El poder penal estatal.	19
2.2. ¿Qué es el penalismo ilustrado?	22
2.3. De los delitos y de las penas.	25
2.4. El programa político-criminal de Carrara.	28
3. Formulaciones actuales del principio de <i>ultima ratio</i> .	33
3.1. La violencia estatal en el siglo XX.	33
3.2. El derecho penal mínimo de Ferrajoli.	35
3.3. <i>Los principios de ultima ratio</i> de Binder.	40
4. Acerca de la autonomía conceptual del principio de <i>ultima</i>	47

<i>ratio.</i>	
5. Conclusiones del capítulo.	50
<b>III. Manifestaciones normativas del principio de <i>ultima ratio</i></b>	<b>53</b>
1. Antecedentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.	53
1.1. Las libertades individuales en la modernidad.	53
1.2. Primeras referencias normativas del principio de <i>ultima ratio</i> .	55
2. La aparición de los derechos humanos y la desaparición del principio de <i>ultima ratio</i> .	58
2.1. El paso de las libertades individuales a los derechos humanos.	58
2.2. La ONU y los derechos humanos.	60
2.3. El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Historia e instrumentos.	63
2.4. La desaparición del principio de <i>ultima ratio</i> .	65
3. Reparaciones parciales del principio de <i>ultima ratio</i> en los instrumentos específicos de protección.	69
3.1. Los nuevos instrumentos de protección.	69
3.2. La protección de niñas, niños y adolescentes frente al poder penal.	70
3.3. Los pueblos indígenas y sus miembros frente al castigo violento.	72
3.3.a. Breve caracterización de los modos de resolución de conflictos de los pueblos indígenas.	72

3.3.b. Producción normativa en torno a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros.	77
3.4. Recepción en el derecho interno.	82
4. Conclusiones del capítulo: ¿mínima intervención sólo para miembros de pueblos indígenas, niñas, niños y adolescentes?	82
<b>IV. Elaboraciones de los órganos de protección en torno al principio de ultima ratio</b>	84
1. Introducción.	84
2. Sistema Interamericano.	85
2.1. Jurisprudencia de la Corte IDH.	85
2.1.a. La saga de la libertad de expresión: la OC-5/85, "Herrera Ulloa", "Canese" y "Kimel".	85
2.1.b. Otros precedentes.	92
2.2. Algunos aportes de la Comisión Interamericana.	93
2.2.a. En torno a la libertad de expresión.	93
2.2.b. El principio de ultima ratio en la justicia juvenil.	96
3. Sistema Universal.	98
3.1. La tarea del Comité de Derechos Humanos.	98
3.1.a. La libertad personal en la consideración del Comité. La observación General nº 35.	98
3.1.b. Otras elaboraciones del Comité: ¿incipiente reconocimiento del principio de ultima ratio con carácter general?	101
3.2. Producción de otros órganos de protección.	106
3.2.a. El Comité de Derechos del Niño.	106
3.2.b. Los aportes de la Asamblea General.	108

4. Conclusiones del capítulo.	111
<b>V. En busca del fundamento normativo del principio de <i>ultima ratio</i>.</b>	114
1. La "tolerabilidad" de la pena de prisión.	114
2. Hacia un concepto normativo de pena.	115
2.1. De los suplicios al predominio de la prisión.	115
2.2. La prisión como restricción de derechos.	117
2.3. El carácter violento de la pena de prisión.	119
3. Derechos humanos, violencia y restricción de derechos.	128
3.1. La restricción de derechos y su regulación en los instrumentos de protección.	128
3.2. El derecho a una vida libre de violencia.	131
4. Restricción violenta de derechos, necesidad y democracia: ¿El fundamento normativo de una política criminal minimalista y democrática?	132
5. Derechos humanos y democracia: el límite último a la restricción violenta de derechos.	135
6. Conclusiones del capítulo.	139
<b>VI. Consecuencias del principio de <i>ultima ratio</i> en la política criminal.</b>	141
1. Conceptualización de la política criminal. De Von Liszt a las tendencias actuales.	141
2. Política criminal y política de seguridad ciudadana. Puntos de contacto y diferencias.	149
3. La política criminal como verdadera política pública.	151
4. El enfoque de derechos humanos en las políticas públicas.	156
5. Algunas consecuencias del principio de <i>ultima ratio</i> en la	

política criminal.	158
5.1. Diseño del plan político criminal: explicitación de objetivos, plazos e indicadores.	158
5.2. Necesidad de verdadera participación democrática en la elaboración de las normas penales.	161
5.3. La inflación penal como categoría sospechosa.	164
5.4. Seguimiento y control de los planes político criminales: ¿y si la política criminal fracasa?	166
5.5. La micropolítica criminal: medios alternativos de resolución de conflictos, derechos y participación de la víctima.	167
5.6. Principio de <i>ultima ratio</i> y sistemas de justicia de los pueblos indígenas.	171
6. Conclusiones del capítulo.	174
<b>VII. A modo de síntesis.</b>	176
<b>Bibliografía.</b>	190

# I. Introducción y plan de trabajo

Probablemente no exista manual de derecho penal en el que no se afirme, con estas palabras u otras semejantes, que el castigo violento debe ser empleado sólo en caso de ineludible necesidad y siempre como último recurso. Este es uno de los conceptos fundamentales sobre los que se afirman los saberes relativos a la cuestión penal en Occidente, conocido como *principio de ultima ratio*, de subsidiariedad o de mínima intervención. No se trata, sin embargo, de una mera fórmula doctrinaria, sino de una clara directriz relativa al ejercicio del poder penal: es un concepto básico que limita la intervención violenta del Estado.

El principio de *ultima ratio* tiene un momento y un lugar de nacimiento precisos: nos ocupamos aquí de uno de los desarrollos conceptuales más característicos del penalismo ilustrado europeo de los siglos XVIII y XIX. No obstante ello, sus raíces se hunden en el pasado, pudiendo identificarse claros antecedentes que lo prefiguran en la más temprana historia humana. Al día de hoy -aún cuando podamos controvertir seriamente su vigencia práctica, en épocas en las que la regla aplicable parece ser más bien la opuesta- el principio no ha sido descartado sino que, al menos en su faz teórica, pervive.

Ahora bien, pese a su larga tradición, no existe acuerdo en relación al contenido efectivo del principio de *ultima ratio*. Ni siquiera está claro si la fórmula tiene verdadera autonomía o si, por el contrario, es apenas una derivación de algún otro concepto.

Y así como el contenido conceptual del principio no es del todo preciso, tampoco lo es su fundamento jurídico-normativo. Menos aún puede afirmarse sin vacilaciones que este principio encuentre cabida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: aún cuando se reconocen formulaciones bastante claras en los instrumentos que tradicionalmente se señalan como precedentes de los modernos sistemas de protección –como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789-, el mismo parece no tener recepción normativa expresa en los tratados y declaraciones contemporáneos de carácter general. Y aún cuando determinados instrumentos de protección específica explicitan alguna fórmula que podríamos identificar con el principio de *ultima ratio*, ello suscita dudas en relación a su aplicación general a todas las personas.

Sin embargo, esta presunta debilidad normativa no ha impedido que órganos de protección internacional –como la Corte IDH- hayan invocado al principio de *ultima ratio* en el desarrollo de su tarea. De modo que, aún sin ser muy firmes en el fondo de la cuestión, han asumido implícitamente en muchos casos su operatividad y vigencia.

¿Puede, entonces, afirmarse que existe una obligación de respeto al principio de *ultima ratio* que emane del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? La respuesta a esta pregunta constituye, en esencia, el objeto del presente trabajo.

Esta interrogante por el fundamento normativo del principio de *ultima ratio* no es ociosa, ni una cuestión de puro interés doctrinario. Se trata de saber si los Estados están compelidos por este principio a contener al máximo el ejercicio de poder penal, y si los incumplimientos a este compromiso pueden ser calificados como verdaderas violaciones a los derechos humanos generadoras de responsabilidad internacional. Supone, además, una serie de consecuencias que inciden en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política criminal de los Estados, no ya como una práctica deseable, sino como una verdadera obligación asumida internacionalmente.



A fin de dar respuesta a la cuestión planteada, indagaremos en los tres campos que brevemente hemos referido en los párrafos precedentes: el conceptual, el normativo, y el relativo a la tarea de los organismos de protección.

En primer término, nos adentraremos en la historia del concepto mismo de *ultima ratio*. Para ello, será de inevitable referencia el desarrollo histórico del propio poder penal, aunque más no sea en términos generales. Analizaremos las elaboraciones conceptuales de algunos de los autores clásicos que dieron vida al principio, y de otros contemporáneos en cuya obra también se refleja. A partir de esta reseña, trataremos de establecer cuáles son los puntos de continuidad en estas conceptualizaciones, cuál es –si se permite la expresión– el núcleo duro del principio de *ultima ratio*. A su vez, nos abocaremos al problema de la autonomía conceptual del principio, que no resulta indiscutida. Para ello, referiremos los autores que controvierten esta autonomía y procuraremos dar respuesta a las inquietudes que surgen de sus postulados.

En segundo lugar, analizaremos el cuadro de situación en relación a las manifestaciones normativas del principio de *ultima ratio* en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal estudio iniciará con el análisis de aquellas fuentes normativas tradicionalmente consideradas como precedentes de los modernos tratados de derechos humanos para luego adentrarnos en el estudio de los instrumentos de protección vigentes. El recorte del campo de estudio, en este sentido, se limitará a los sistemas Universal e Interamericano. A fin de no pecar de excesiva ambición –y aún cuando no desconocemos la relevancia de los aportes de otros sistemas regionales como el Africano y el Europeo–, hemos decidido concentrar nuestros esfuerzos en el estudio de los instrumentos de protección de incidencia directa en nuestro medio. El análisis normativo respetará un orden cronológico de aparición, iniciando por los instrumentos de carácter general y siguiendo luego por aquellos que, con relevancia para el tema, han sido elaborados para su aplicación en ámbitos específicos.

En tercer lugar, abordaremos las elaboraciones de los órganos de protección en torno al principio de *ultima ratio*. Aquí también el acento estará puesto en los órganos de los Sistemas Interamericano –Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos- y Universal –con especial atención a los desarrollos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas-. En esta instancia, los elementos de trabajo serán de variada naturaleza: resoluciones de casos individuales, informes temáticos, exámenes periódicos de los Estados, opiniones consultivas y observaciones de carácter general nutrirán nuestro estudio.

Una vez culminado este repaso por los tres ámbitos referidos, nos sumergiremos en la cuestión nodal de nuestro trabajo: procurar contestar, a la luz de lo analizado, si puede afirmarse la existencia de un fundamento normativo para el principio de *ultima ratio* en tanto límite al empleo del castigo violento. Para ello, será necesario adentrarse en el análisis normativo del castigo violento y, en particular, de la pena privativa de libertad que es, al día de hoy, su manifestación más extendida.

En caso de encontrar que la respuesta es afirmativa y que, por tanto, los Estados se encuentran obligados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a respetar el principio de *ultima ratio*, el paso siguiente será analizar las consecuencias de haber asumido esa obligación. A tales efectos, deberá establecerse claramente a qué rama de la política pública afecta el principio y procurar conceptualizarla con la mayor nitidez posible. Se trata, ni más ni menos, de reconstruir el concepto de política criminal dentro del marco general de las políticas públicas, para luego analizarla desde el denominado “enfoque de derechos”.

Finalmente, exploraremos algunas de estas consecuencias específicas del principio de *ultima ratio* en términos de política criminal que los Estados deberán tener en cuenta a fin de no incurrir en responsabilidad internacional.

Este es el plan de viaje que nos hemos trazado, esperemos no errar el camino.

## II. Conceptualizaciones del principio de *ultima ratio*

### 1. Del poder penal y sus límites.

#### 1.1. Sobre el concepto de poder penal.

Si el principio de *ultima ratio* es, como veremos, un límite a la intervención violenta del Estado en la conflictividad social, la reseña histórica de este principio no puede hacerse omitiendo referencia al objeto limitado: el poder penal. Por ello, es imprescindible para nuestro relato introducirnos, aunque más no sea brevemente, en la historia del castigo violento.

Los orígenes del poder penal no son sencillos de rastrear, en la medida en que se retrotraen a las más tempranas organizaciones sociales humanas. En palabras de Binder:

*“la aplicación de poder punitivo, es decir, de cualquier forma de violencia más o menos formalizada, por parte de quien ejercía un poder superior a los involucrados en el conflicto, nunca fue un hecho aislado o circunstancial. Ni siquiera en sociedades antiguas de las que nos separan ya miles de años. Es que, desde los orígenes mismos de*

*cualquier forma de ejercicio del poder, él siempre tuvo algún vínculo con la violencia” (2011:p. 12).*

En el mismo sentido, dice Carrara que la pena

*“en la historia de la vida humana, remonta desde los días presentes a las tradiciones más remotas, y atraviesa todos los siglos con una efectividad inalterada y constante (...) Varió con el variar de las costumbres y con el desenvolverse de las diversas formas de civilización, la fuerza a la cual se atribuyó el impulso de semejante acto, que ora se encontró en el individuo, ora en una potencia suprasensible, ora en una categoría de hombres privilegiados, ora en la agregación de las multitudes asociadas. Variaron los modos, los límites, las formas y las condiciones de aquel hecho; pero el hecho no cesó jamás, jamás desapareció, ni siquiera por un período brevísimo, de la faz de la tierra. No hubo población, por inculta que fuese, no hubo intervalo transitorio de tiempo, aún libre de todo freno moral, en el que la humanidad no se mostrase informada de este pensamiento de la irrogación de un mal contra el individuo que había ofendido los derechos del propio semejante” (1944a: p. 375).*

Baste referir, para ilustrar esta cuestión, la existencia de normas penales en el antiguo código sumerio de Ur-Nammu –gestado entre los años 2100 y 2050 A.C.- y en el famoso código de Hammurabi –que dataría del año 1728 A.C.-, entre otras varias codificaciones antiguas.

Por ello es que, aun admitiendo que toda generalización corre el peligro de pecar por ligereza, podemos afirmar –al menos provisoriamente- que el castigo violento tiene profundas raíces históricas en el devenir de las

organizaciones sociales humanas o, lo que es lo mismo, que *“siempre ha habido una determinada forma de violencia social organizada”* (Binder, 2011: p.1).

Contra esta postura, Zaffaroni ha afirmado que *“el poder punitivo no existió siempre ni en todas las sociedades, como pretenden algunos penalistas”* (2012: p.21). Para sostener esta afirmación, el autor explica que

*“el poder punitivo surgió sólo cuando el señor, el dominus, el soberano (o quien sea que ejercía la autoridad), decidió usurpar el lugar del lesionado, lo eliminó del escenario y se proclamó único ofendido con derecho a reprimir. Eso que llamamos confiscación de la víctima –otros lo llaman expropiación– es precisamente lo que caracteriza al poder punitivo”* (2012: p. 21).

Consecuencia de ello, sólo podría hablarse de la existencia de poder punitivo a partir del nacimiento de los Estados modernos. El poder penal ha tenido diversas configuraciones y niveles de intensidad a lo largo de la historia, y, en efecto, asiste razón a Zaffaroni cuando dice que la mayor incidencia del castigo violento suele ser el correlato histórico de la estructuración de Estados verticalistas y autoritarios (2012: p. 22-23), pero la terminante afirmación antes reseñada, que parece contradecir la nuestra, obedece a lo acotado de su concepto de poder punitivo que comprende, en esencia, a aquella configuración de la violencia social organizada con formas más semejantes al que se ejerce en la actualidad.

Por nuestra parte, empleamos un concepto de poder penal más amplio. En nuestra consideración, el acento está puesto en el empleo de violencia como respuesta a la conflictividad social -respuesta que, además, tiene un cierto nivel de organización social-. De esta manera, formas primitivas de violencia social organizada pre-estatales ingresan en esta historia del poder penal.

Debe entenderse que lo que aquí hemos afirmado no se refiere exclusivamente al poder penal como lo concebimos hoy -es decir, al castigo aflictivo consistente en general en la privación de la libertad de las personas, impuesta por funcionarios estatales-. Desde luego, estas configuraciones del poder penal vigentes tienen una fecha de nacimiento que puede identificarse con relativa precisión y que está emparejada, como ya veremos, con la conformación de los Estados modernos. Pero, sin desconocer su importancia, no son más que otra manifestación de la larga historia de la violencia social organizada.

Con esta perspectiva podemos decir entonces que desde las más tempranas conformaciones humanas es posible rastrear el empleo de violencia como castigo -aunque, como bien señalara Carrara, con sensibles variaciones en sus fundamentos, formas de administración, niveles de intensidad y en la titularidad de su ejercicio-. Pero, valga la advertencia, esta afirmación en modo alguno implica un juicio valorativo en relación a la bondad del poder penal, ni a la necesidad de su existencia: que toda sociedad desde antiguo tenga o haya tenido alguna forma más o menos estructurada de castigo violento no significa que ello sea en sí mismo algo virtuoso, natural o necesario, ni que sea imposible pensar modelos de organización humana que, en el futuro, prescindan de él. Se trata, sencillamente, de reconocer lo que Binder denomina la facticidad del poder penal (2011), su continuidad histórica. Reconocimiento sin el cual su análisis -y, en particular, el estudio de sus límites- resulta imposible.

## **1.2. Los orígenes del poder penal: entre la venganza y el pensamiento mágico.**

Quienes han estudiado con profundidad el tema encuentran que el poder penal tal y como lo entendemos hoy abrevia en una de dos fuentes. Una primera corriente hace derivar a la pena estatal de las prohibiciones tabú propias del pensamiento mágico de las tribus antiguas. Dice Soler, por ejemplo, que las prohibiciones tabú prefiguran a las penales en tanto implican *"lo prohibido en grado supremo"*, pero *"confundiendo"* lo prohibido *"en un solo principio mágico,*

*fundamentalmente religioso*” (1989: p. 62). Otros, en cambio, lo ven anticipado en las formas de venganza privada que luego fueran asumidas por el Estado<sup>1</sup>. Como una corrección parcial de esta segunda tesis, algunos autores descartan la venganza individual como origen histórico, pero admiten que la denominada venganza de sangre -esto es, la venganza colectiva, del grupo ofendido al grupo de pertenencia del ofensor- puede ser considerado un antecedente mediato del poder penal<sup>2</sup>.

Aún cuando los penalistas se han alineado tradicionalmente en una u otra de estas corrientes<sup>3</sup>, entendemos que estas tesis no son incompatibles, y, antes bien, es probable que, en su devenir histórico, los orígenes del poder penal

---

<sup>1</sup> Así, expresa Carrara que *“es necesario reconocer, como una verdad autenticada por las más remotas tradiciones de la raza de Adán, que la idea de la pena nació en los hombres primitivos del sentimiento de la venganza”* (1944a: p. 407).

<sup>2</sup> Jiménez de Asúa señala como sostenedores de esta tesis a Bar, Kohler, Tissot, Garçon y Szèrer (1950: p. 207).

<sup>3</sup> A favor del origen mágico y religioso de la pena, dice Jiménez de Asúa:

*“parece hoy suficientemente demostrado por los estudios etnológicos y sociológicos, que el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de consciencia del yo. La retribución y la magia, de una parte, y la psicología colectiva de otra, configuran la cosmovisión del alma primitiva (...) Del pensamiento mágico, contradictorio, Tótem y Tabú, van a derivarse toda clase de normas retributivas: el hechizo, que consiste en ejecutar un acto para que se produzcan el resultado que se ansía (como pintar el animal que quiere cazarse), y el aspecto negativo del tabú, que estriba en acarrear desgracias si se realiza la cosa prohibida.*

*Aquella serie de prohibiciones, a las que, con una frase polinesia se llama ahora tapú, o tabú, tiene origen mágico y religioso, y significa el principio de retribución en vida (...) No es incorrecto llamar a esas prohibiciones las leyes de los dioses que no deben ser infringidas. La penalidad, por la desobediencia a esos mandatos tácitos es el retiro del poder protector de la divinidad (...) Busquemos ahora la causa y origen de ese temor a los dioses y al terrible tapú al que dan poder. Esa causa puede expresarse brevemente: era el hecho de que las ofensas contra los dioses se castigaban en este mundo, no en el porvenir de los espíritus.*

*Esta consideración retributiva actual, en este mundo y no en el otro, descubre el paso del tabú religioso y mágico, a las prohibiciones civiles, que se realiza paulatinamente no sin que al comienzo se confunda el mandato divino y el estatuto de los hombres”* (1950: p. 205).

Por la tesis de la venganza privada se inclinan, además de Carrara (ver nota 8), Hume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaelli, Romano y Luden -conforme reseña del propio Carrara (1944a: p. 416)-.

puedan rastrearse a un tiempo tanto en las prohibiciones propias del pensamiento mágico, como en el deseo de venganza particular de quien se ha visto ofendido en sus intereses por otro individuo.

Las dos propuestas, por otra parte, permiten ilustrar algunas características del poder penal que permanecen como una constante histórica. De las prohibiciones tabú, como bien señalara Soler, permanece la idea de que la violencia sólo se justifica en caso de incumplir las más graves de las prohibiciones. Con independencia de las críticas que Soler y sus contemporáneos formulan -desde una estrecha perspectiva racionalista- a estas prohibiciones derivadas de un pensamiento mágico y animista, lo cierto es que el castigo tenía aquí la naturaleza de una respuesta ritual, expiatoria, tendiente a restablecer el equilibrio alterado por la violación de un mandato de absoluta gravedad.

De la venganza privada, por otra parte, se deriva la idea de que la violencia brota si -y sólo si- ha existido una ofensa o lesión concreta a un individuo o grupo de individuos determinado. El deseo de venganza particular no nace de la infracción al orden por la infracción misma, sino del resultado dañoso de un conflicto surgido en el devenir de las relaciones intersubjetivas -individuales o grupales-. En otras palabras, la tesis de la venganza privada adelanta la idea de que el poder penal es la respuesta a un conflicto surgido al interior de un grupo humano, y tiende a la gestión de esa conflictividad social.

### **1.3. Los límites al poder penal.**

Así como encontramos esta larga continuidad histórica del poder penal, desde temprano también se advierten los intentos de moderar ese poder, de contener su ejercicio.

Ya hemos señalado como las prohibiciones tabú estaban fuertemente codificadas en la tradición de las antiguas tribus, constituyendo un catálogo cerrado de conductas prohibidas. Sólo la violación de aquello gravemente prohibido -que era, por otra parte, lo que podía acarrear los más grandes males



para el grupo- debía ser respondido con el castigo -también fuertemente ritualizado, a fin de poder cumplir su función expiatoria y reestablecedora-.

Las formas de venganza privada -individual o colectiva- tampoco estuvieron libradas al azar. Señala Foucault que ya en el antiguo derecho germánico la venganza de sangre estaba fuertemente reglada, y afirma que, en esta época, *"el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza"* (2003: p. 69).

En términos de criterios moderadores de la venganza privada, es ineludible la referencia al Talión. Dice Jiménez de Asúa: *"la idea eclesiástico-religioso del Talión (ojo por ojo, diente por diente), da al instinto de venganza una medida y un objeto"* (1950: p. 209). El Talión funda la idea aún vigente de que el mal sufrido por el ofensor debe equivaler -en naturaleza, en medida o en ambas- al mal proferido y que toda violencia que exceda esa proporción es, necesariamente, ilegítima. Se advierte aquí que el límite a la respuesta violenta le confiere legitimidad y, a más de ello, una función pacificadora, en la medida en que una reacción vengativa proporcional al daño sufrido es la consecuencia justa -en términos talionales- y, como tal, debe ser aceptada. Toda agresión que responda a la venganza proporcionada es, entonces, una nueva ofensa ilegítima. La moderación talional de la respuesta violenta se encuentra en diversos corpus normativos antiguos, como la ley mosaica y el ya referido Código de Hammurabi.

Podemos afirmar entonces que el castigo violento, aún en sus tempranas formas, ha encontrado siempre límites, tendientes a contener su ejercicio pródigo, a economizarlo. Estos valladares al poder penal prefiguran el principio de *ultima ratio*.

#### **1.4. El origen de la fórmula "*ultima ratio*".**

La fórmula "*ultima ratio*", proviene del latín. Puede traducirse como "la última razón", la "más alejada" o la "más remota", y se entiende como el último

recurso para el logro de un determinado objetivo. Este carácter final –en el sentido de último término de una serie–, no es cronológico, sino lógico: el concepto de *ultima ratio* no exige que efectivamente se hayan agotado sin éxito todas las alternativas pero sí supone que esta última opción es, por su propia naturaleza, la menos deseable y, por lo tanto, sólo debe emplearse cuando las demás se evidencien como manifiestamente inidóneas para la consecución del objetivo.

Históricamente, la fórmula completa parece haber sido “*ultima ratio regum*” –el “último argumento de los reyes”–, frase que, según Wendt, el Duque de Richelieu hizo inscribir en el cañón real francés hacia el final de la Guerra de los Treinta Años (2013: p.84). En la misma tendencia, “*se dice que de 1742 en adelante los cañones de bronce de Federico el Grande llevaban la inscripción ‘ultima ratio regis’*. Así que las balas de cañón volaban como la ‘ultima ratio regum’, la última palabra de rey...” (Wendt, 2013: p.84)<sup>4</sup>.

Este origen bélico de la fórmula arroja luz sobre su significado. En las relaciones entre Estados, la apelación a la fuerza es, desde antiguo, el recurso más antipático, más oneroso y dañino para zanjar disputas. La experiencia indica que, antes de acudir a él, se deben haber agotado las vías diplomáticas y cualquier otro camino de negociación no violenta, o bien que las mismas se han evidenciado infructuosas. “La pólvora y las balas” son el último argumento del rey porque todos los otros han fallado en convencer, y más allá de ellas, sobran las palabras.

Si, como sugiere Wendt, el lema se transfiere desde el campo bélico al jurídico, una primera aproximación al concepto de *ultima ratio* como límite al poder penal debe emparentar a este poder con el empleo de artillería: sólo ante el más grave de los conflictos, sólo cuando las demás alternativas para la resolución de esos conflictos se evidencien inútiles, sólo cuando estemos dispuestos a

---

<sup>4</sup> El artículo aquí referido ha sido publicado originalmente en idioma inglés. Las traducciones de las transcripciones del mismo –así como del resto de los documentos u obras publicados en un idioma distinto al español– le pertenecen al autor de este trabajo.

admitir el fracaso de toda posibilidad de resolución no violenta, aparece el último argumento, el poder penal.

## **2. El principio de *ultima ratio* y el penalismo ilustrado.**

### **2.1. El poder penal estatal.**

Como ya hemos señalado, el poder penal ha adoptado una pluralidad de formas, intensidades y titularidades a lo largo de la historia. Acaso por ello se dificulte ver una continuidad histórica entre manifestaciones tales como la venganza de sangre, la hoguera y la pena de prisión. El hilo conductor es, apenas, el de la violencia organizada.

Ahora bien, un poder penal con características semejantes a las que hoy presenta empieza a configurarse entre los siglos XII y XIII. Es en ese momento de la historia europea en que empieza a surgir la primera forma de Estado, la monarquía absoluta, y con ella la consecuente concentración de poder en cabeza del monarca. El recuento de las repercusiones que esta transformación política implicó en todos los aspectos de la sociedad y la vida de las personas excede con mucho el objeto de este trabajo. Baste por ahora decir que esta nueva forma de concebir y ejercer el poder se volcó a todas las fases de la política y, entre ellas, al ejercicio estatal del poder penal.

Se produce en esta instancia el proceso de “confiscación de la víctima” - que, como ya vimos, es para Zaffaroni lo propio del poder punitivo- y que brillantemente retratará Foucault:

*“La acumulación de la riqueza, el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media y alcanzó su madurez*

*con la formación de la primera gran monarquía medieval en la segunda mitad del siglo XII. En este momento aparecen una serie de fenómenos totalmente nuevos en relación con la sociedad feudal, el Impero carolingio y las antiguas reglas del derecho romano.*

*1) Una justicia que no es más pleito entre individuos y libre aceptación por estos individuos de ciertas reglas de liquidación sino que, por el contrario, se impondrá a individuos, oponentes, partidos. Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político.*

*2) Aparece una figura totalmente nueva que no tiene precedentes en el derecho romano: el procurador. Este curioso personaje que surge en Europa hacia el siglo XII se presentará como representante del soberano, del rey o del señor. Cada vez que hay un crimen, delito o pleito entre individuos, el procurador se hace presente en su condición de representante de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido delito o crimen. El procurador doblará a la víctima pues estará detrás de aquel que debería haber planteado la queja, diciendo: <<Si es verdad que este hombre lesionó a este otro, yo, representante del soberano, puedo afirmar que el soberano, su poder, el orden que él dispensa, la ley que él estableció, fueron igualmente lesionados por este individuo. Así, yo también me coloco contra él>>. De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales. El procurador, pues, se presenta como representante del soberano lesionado por el daño.*

*3) Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción. Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba sólo del daño que un*

*individuo causaba a otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quién tenía razón. A partir del momento en que el soberano o su representante, el procurador, dicen: <<Yo también he sido lesionado por el daño>>, resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro, sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como representante del Estado, un ataque no al individuo sino a la ley misma del Estado. Se sustituye de esta manera la noción de crimen, la vieja noción de daño, por la de infracción. La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano. La infracción es una de las grandes invenciones del pensamiento medieval. Se ve así cómo el poder estatal va confiscando todo el procedimiento judicial, el mecanismo judicial, el mecanismo de liquidación de los litigios entre individuos de la alta Edad Media.” (2003, p. 78/80)*

El poder penal no se concibe entonces como respuesta a un conflicto intersubjetivo, sino como sanción a la infracción del orden, entendida como afrenta al soberano. No hay una víctima del delito, en el sentido de ciudadano lesionado en sus derechos: todo delito afecta, en última instancia, a la investidura real. Consecuencia de ello, el único autorizado para poner en marcha los sistemas de imposición de pena es el rey, por sí o a través de sus funcionarios reales.

Este proceso de apartamiento de la víctima del proceso penal fue visto tradicionalmente como una evolución hacia formas más racionales de castigo: se trataba, en teoría, de limitar la reacción emocional y probablemente desmedida de la persona ofendida en busca de venganza. Pero la historia demuestra que en estos momentos de consagración definitiva de la respuesta punitiva estatalizada, los niveles de violencia prodigados lejos estuvieron de disminuir. La pena de muerte se generalizó, como así también los castigos que producían extremo sufrimiento. El carácter simbólico de la pena, las secuelas que permanecían

indelebles en el cuerpo del castigado, no eran un aspecto menor del diseño de estas formas de violencia estatal.

Así, ilustra Anitua:

*“Puede leerse en todos los documentos legales de la Edad Moderna que estaba perfectamente regulada la imposición de penas que perduraran en el cuerpo como la de arrancar la carne con tenazas calientes en la Constitutio Criminalis Carolina; la marca de hierro caliente en forma de flor de lis, en Francia, donde también se preveía arrancar los ojos, cortar o taladrar la lengua –tortura en general reservada para la blasfemia-, los azotes y la marca de V a los fines de identificar a los ladrones, para quienes en casi toda Europa existía la mutilación de la mano (...) Desnarigados, desorejados, tuertos, ciegos, mancos y cojos mostraban en toda Europa las huellas de su condena hasta que murieran” (2005: p. 59).*

*“De esta forma el modelo de derecho y de justicia penal del Antiguo Régimen fue de expresión totalizante. Con ello quiero indicar que tenía caracteres ilimitados e incondicionados. Se caracterizaría por la arbitrariedad de las condenas y de las penas, del mismo modo que por su severidad al aplicarlas cuando ello sucedía” (Anitua, 2005: p. 60).*

Contra este poder penal arbitrario, pródigo y cruel reaccionarían los teóricos del penalismo ilustrado.

## **2.2. ¿Qué es el penalismo ilustrado?**

En noviembre de 1784, el periódico alemán *Berlinische Monatschrift* publicó un ensayo en respuesta a la pregunta “¿Qué es la Ilustración?”. El autor era Immanuel Kant, quien desde el primer párrafo afirmaba:

*"La ilustración es la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento, sin la guía de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside en la carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí el lema de la ilustración."* (1784: p.1)

Bajo el amplio paraguas de la Ilustración se ha pretendido históricamente incluir a pensadores, filósofos y teóricos políticos de ideas muy diversas y, en ocasiones, contrarias entre sí, que sólo tenían como denominador común esta absoluta fe en que la razón, como señalara Kant, sería la guía para sacar a la humanidad de su minoría de edad. Coincidentemente, expresa Anitua:

*"tanto en el ámbito científico cuanto en el filosófico y político ese movimiento puede ser caracterizado en común sólo por la enorme confianza depositada en la mente humana que, entre otras cosas, será artífice de la idea de Progreso, una idea que no tenía precedente en la antigüedad y que permite soñar con que la sociedad, organizada de acuerdo a la Razón (el racionalismo es otro rasgo distintivo del período) mejorará indefinidamente."* (2011: p. 39).

Las reflexiones en torno al castigo en esta época dieron lugar al denominado penalismo ilustrado, que participa de los mismos caracteres de la Ilustración: una multiplicidad de discursos no siempre contestes entre sí, que parten todos del racionalismo. Puede referirse también que, en general, los teóricos del penalismo ilustrado abogaron por la limitación del poder penal, por

la dulcificación del castigo. Por poner coto, en fin, a la prodigalidad de violencia que había caracterizado a los Estados modernos desde su nacimiento.

Desde luego que este liberalismo penal de origen burgués no se ha visto exento de críticas pues, aún postulando una sensible reducción en los niveles de violencia, los aquí englobados fueron –desde perspectivas que tanto abrevaban en el utilitarismo como en el retribucionismo- discursos legitimantes del poder penal. No obstante ello, incluso los críticos más duros reconocen que la Ilustración es un momento de alta elaboración intelectual en torno al castigo. En palabras de Zaffaroni:

*“si bien no glorificamos al Iluminismo y al liberalismo penal, justo es reconocerles que protagonizaron el momento que, con las naturales limitaciones propias de su tiempo, puede señalarse como el de más alto contenido pensante acerca de los límites del poder punitivo y de sus dificultades de legitimación discursiva.*

*Nadie que haya reflexionado luego acerca del tema pudo dejar de referirse a este momento histórico, siempre que lo haya hecho en un marco humanista (o incluso opuesto, pues debe confrontar con el pensamiento que tiene allí su origen)” (2012: p. 64).*

A este momento de la historia de las ideas penales obedecen, por ejemplo, las mejores elaboraciones en torno al principio de legalidad –que fueran luego receptadas en el primer proceso constitucional europeo/americano y, más tarde, en los instrumentos internacionales de derechos humanos- y las más agudas críticas a la pena de muerte y a la tortura. En este período pueden rastrearse, también, los orígenes discursivos del principio de *ultima ratio*.

Muchos fueron los pensadores que desde la visión ilustrada se dedicaron al análisis de la cuestión penal. En el presente trabajo relevaremos, de manera sucinta, a dos de sus más importantes exponentes: Beccaria y Carrara.



### 2.3. De los delitos y de las penas.

Cesare de Bonesana, marqués de Beccaria fue, cuanto menos, un personaje curioso. Sólo una vez se acercó al estudio de la cuestión criminal y le bastó para convertirse en un pensador fundamental del penalismo ilustrado. Su obra *De los delitos y de las penas* tiene un trasfondo teñido de sospechas de plagio e intrigas políticas que no empaña, sin embargo, su indudable valor: se trata del primer gran intento de la Ilustración de modelar un programa político-criminal minimalista integral.

Beccaria parte, en lo político, de un contractualismo de clara matriz hobbesiana. Como todo buen iluminista, el milanés tenía una gran confianza en el poder de la razón. Pero era, en cambio, decididamente pesimista en relación a la naturaleza humana. Así, expresa: *"Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla"* (Beccaria, 2010: p.50). Este estado natural de guerra permanente previo al contrato –tributario, evidentemente, del *homo homini lupus* de Hobbes–, entonces, lo que justifica que cada individuo ceda una parte de esta libertad absoluta –pero inútil, atento al imposible disfrute en la guerra perpetua de todos contra todos– que constituye la soberanía, y erige al soberano en legítimo administrador de esas porciones de libertad.

La propuesta de Beccaria tiene, además, un marcado tinte utilitarista: la pena se justifica si –y solo si– protege este depósito de libertades que constituye el contrato social de eventuales amenazas.

¿Cuál es, específicamente, el fin de la pena? *"no es otro –dice Beccaria– que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales"* (2010: p. 75). Esta finalidad eminentemente preventiva –emparentada con las hoy denominadas "teorías relativas de la pena"– puede ser criticada, sobre todo desde la verificación empírica del fracaso de la pena en el cumplimiento de dicha finalidad. Pero con independencia de ello, lo que Beccaria

pone de resalto es que el castigo violento no se justifica a sí mismo, que no tiene una legitimación intrínseca. Será legítimo sólo en la medida en que cumpla su función de protección. Y, como contracara lógica de esta función, aparece el límite al poder penal: si cada individuo no ha cedido más que la parte mínima de libertad ineludiblemente necesaria para la subsistencia del contrato, esta libertad de los ciudadanos no puede ser restringida más que en la proporción mínima y estrictamente necesaria.

Este *principio de necesidad* derivado de la *utilidad* de la pena fue así descrito por Beccaria:

*“Fue, pues, la necesidad la que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es, pues, cierto que cada uno no quiere poner de ella en el depósito público más que la mínima porción posible, la que baste para inducir a los demás a defenderlo. La agregación de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de penar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no ya derecho.*

*Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son injustas por su propia naturaleza, y tanto más justas son cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”* (2010: p. 50).

En el capítulo III de su obra, el milanés analiza las tres consecuencias que extrae de estos principios. La primera es la idea que hoy, sin mayor esfuerzo, identificamos con el principio de legalidad: *“solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”* (Beccaria, 2010: p. 51). La segunda es la necesidad de un juzgador imparcial, distinto del soberano. La tercera –y, en lo que refiere a este trabajo, la más importante– es la formulación de lo que luego denominaremos *principio de estricta necesidad*, es decir, el principio en virtud del

cual la pena sólo es lícita cuando es ineludiblemente necesaria, y que impone prescindir del castigo violento manifiestamente inútil. En palabras de Beccaria:

*“si se probase que la atrocidad de las penas, ya que no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese, por lo menos, inútil, también en tal caso sería no sólo contraria a las virtudes benéficas (que son el efecto de una razón ilustrada, que prefiere mandar a hombres felices más que a un rebaño de esclavos entre los que se establezca una perpetua circulación de temor y de crueldad), sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”* (2010: p. 52).

Como buen iluminista, reiteramos, Beccaria tiene una irrestricta fe en la razón humana, y en el progreso de la especie a partir de esta razón. La consecuencia práctica de ello en su reflexión sobre el castigo es una idea que podríamos llamar *círculo virtuoso de la dulcificación*.

En el capítulo XV de *De los delitos y las penas* Beccaria analiza la intensidad de las penas, proponiendo, desde la cautela que lo caracteriza, que las penas deben ser lo más suaves que se pueda, sin que pierdan su función preventiva: *“Para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda el bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico”* (2010: p. 75).

Para *“los ánimos endurecidos de un pueblo apenas salido del estado salvaje”* Beccaria entiende razonable el empleo de penas fuertes que puedan impresionar a los individuos. De otro modo, la función preventiva no se verificaría, *“pero a medida que los ánimos se suavizan en el estado de sociedad, crece la sensibilidad y, creciendo esta, debe disminuirse la fuerza de las penas si quiere mantenerse constante la relación entre el objeto y la sensación”* (Beccaria, 2010: p. 76). Desde la salida del

estado salvaje, entonces, se produce una constante evolución hacia niveles más altos de racionalidad, que generan una suavización de los ánimos, y una mayor sensibilidad. Consecuencia de ello, las penas deben disminuir su intensidad, generándose así un círculo virtuoso. Beccaria no lo dice, pero no es descabellado afirmar que, a la luz de esta propuesta, la abolición absoluta del castigo es el ideal del Iluminismo que se correspondería con el grado más alto de avance de la razón y de la sensibilidad humana.

El programa de Beccaria termina con una conclusión que condensa todos estos desarrollos y que prefigura, como ya veremos, algunas de las fórmulas luego receptadas en instrumentos normativos en relación al principio de *ultima ratio*.

Así, dice Beccaria en su capítulo XLII que *"Para que cada pena no sea una violencia de uno o muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes"* (2010: p. 121) -el resaltado nos pertenece-.

#### **2.4. El programa político-criminal de Carrara.**

La obra de Carrara es considerada por muchos como el más elevado grado de elaboración obtenido por el movimiento ilustrador. Su *Programa del curso de derecho Criminal* es una obra integral que aborda todas las aristas de la cuestión penal. El fundamento de la pena, las elaboraciones limitadoras de la teoría del delito, la visión integradora del juicio criminal e incluso el análisis de los delitos en particular, todo ello encuentra cabida en el *Programa*. Carrara pertenece a la denominada escuela clásica italiana junto con Carmignani, quien fuera su maestro. En relación a ellos, señala Anitua:

*"Ambos autores derivan el derecho de la razón, y por tanto la función de la ciencia del derecho es la de averiguar cuáles son las*

*mejores leyes y la mejor forma de aplicarlas (....) Sus respectivas convicciones liberales los llevan a buscar la forma de limitar el poder penal del Estado, para lo que se dedican a sistematizar coherentemente el derecho penal y procesal penal” (2005: p. 110).*

Son, en una palabra, fieles exponentes del penalismo ilustrado.

En términos de justificación de la pena, Carrara parece desdeñar la idea de utilidad, pero ello exige alguna profundización conceptual. La crítica de Carrara va dirigida a la utilidad de la pena tal como la concebía la escuela correccionalista –aquella que veía en la enmienda del culpable el único fundamento legítimo del castigo violento (1944a: p.383)-. Desde esta perspectiva, lo que le preocupa al autor es que la enmienda como fundamento del castigo no reconoce límites –el castigo debe extenderse tanto como sea necesario para mejorar al condenado-, y es, por lo tanto, inútil para formular criterios de moderación.

Pero si Carrara critica esta idea de utilidad no lo hace desde una perspectiva retribucionista: la pena no es, para él, un fin en sí mismo, autojustificado, y sólo limitado por las exigencias de la justicia. La pena debe satisfacer un criterio superador que no es ya el de la mera utilidad correccionalista sino el de la *necesidad*: “La base de nuestro sistema [dice Carrara] es, por lo tanto, una verdad absoluta, una verdadera necesidad. La base del sistema opuesto es una aserción arbitraria, y una mera utilidad conjetural” (1994a: p. 389).

¿Cuál es, entonces, esta necesidad que justifica el castigo violento? Según Carrara, la necesidad de tutela jurídica, esto es, de protección y defensa del acervo de derechos individuales de las personas unidas en sociedad.

Carrara afirma en primer término, que “pertenece a la naturaleza humana tener derechos” y que, como consecuencia lógica de ello, debe tener “la potestad de ejercer la protección de éstos dentro de los límites de la necesidad” por cuanto “el derecho cuya observancia y respeto pudiese todo hombre negar según su propio arbitrio, ya no

*sería un derecho; sería un beneficio ajeno arbitrario*” (1944a: p. 386). Pero como *“la sola voluntad y las solas fuerzas de un individuo aislado serían muchos menos que suficientes para la tutela jurídica”*, esta necesidad de protección de derechos hace nacer la asociación civil, esto es,

*“el agregarse de las multitudes bajo la autoridad de un centro directivo, el proporcionar a este centro los poderes necesarios para tutelar eficazmente los derechos de los asociados, y reconocer así, entre los más eminentes contenidos de este poder, el de ejercer una acción violenta, inmediata, sensible, ya sea por vía de coacción o por vía de sanción, hacia cualquier agresión de los derechos humanos”* (1944a: p. 387).

La teoría de Carrara es susceptible de ser criticada. Así por ejemplo, no se alcanza a comprender exactamente el salto lógico que hace de la necesidad de protección de derechos a la legitimidad del castigo violento. Si aparece como una verdad lógica indiscutible la necesidad de la defensa del derecho como contenido necesario de su vigencia, lo que no se explica acabadamente es por qué esa defensa exige el empleo de medios violentos de carácter sancionatorio. En palabras de Binder:

*“se nos dice que ‘la pena es un contenido necesario del derecho’, pero en toda la argumentación de Carrara en ningún momento se fundamenta que la tutela jurídica deba ser tutela violenta. Un derecho se encuentra tan protegido por la obligación de una indemnización como con cualquier otro tipo de respuesta ante su violación. Lo que ocurre es que, a esta altura del desarrollo de las ideas ilustradas y liberales, ya se acepta como un hecho social la existencia de la PC*

[política criminal] *del castigo violento. No existe espacio 'mental' para dudar de su necesidad*" (2011: p. 118).

Pero con independencia de estas acertadas críticas, insistiremos aquí con el valor de la argumentación de Carrara, que se esfuerza en encontrar un fundamento moderador del poder penal, por oposición al potencial expansivo de las ideas correccionalistas.

¿Significa esto que, para Carrara, el castigo no debe buscar la enmienda del condenado? No, la eventual función de reforma del condenado es loable, y puede ser intentada, pero concebida como derecho del penado, y no como fundamento del *ius puniendi*: *"Corregid (repitamos también nosotros), corregid por medio de la pena. Pero al hacer esto, no os arroguéis la pretensión de ejercer un derecho propio del Estado que someta al culpable. Reconoced que obedecéis a un derecho que pertenece al culpable mismo..."* (Carrara, 1944a: p. 401).

El Programa de Carrara no contiene formulaciones claras del principio de *ultima ratio* como la que encontraríamos en Beccaria. No obstante ello, subyace en sus desarrollos la idea de que el castigo violento es la última frontera que debe atravesarse en pos de la ya referida finalidad de tutela jurídica.

En primer término, ya lo hemos dicho, el criterio de la tutela jurídica no es uno de mera utilidad, sino de directa necesidad. De este modo, todo castigo que no se justifique en esta necesidad es ejercicio tiránico de poder:

*"el culpable tiene el derecho de no ser castigado más allá de la medida que impone la necesidad de la defensa de los honestos; tiene el derecho a no ser inútilmente martirizado: en una palabra, tiene el derecho de sostener que la autoridad social, en el ejercicio del magisterio punitivo, tiene límites que no pueden faltar"* (Carrara, 1944a: p. 394).

La falta de este estándar riguroso de necesidad, reiteramos, es lo que Carrara ve de peligroso en la escuela correccionalista y en la finalidad de enmienda: *“seduce a los espíritus la perspectiva del mejoramiento de la humanidad, pero cuando para conseguirlo se adoptan medios violentos, sin que sea necesario para la defensa ajena, la aparente filantropía degenera en un despotismo inicuo”* (1944a: p. 435).

Carrara afirma también que esta necesidad de tutela jurídica no es fundamento únicamente del poder penal sino, en general, de toda la sociedad civil, que se constituye a fin de proteger los derechos de los individuos. Y, en este sentido, sugiere la idea de un orden de prelación en las instituciones sociales en el que el empleo de castigo violento resulta ser el último término –o, en una terminología que nos resulta más familiar, el último recurso–:

*“del mismo fundamento de la tutela jurídica nace en el estado el derecho (o mejor, el deber) de constituir Tribunales que decidan las controversias entre los particulares y de hacer ejecutar coactivamente esas decisiones; es decir, el magisterio civil. Mientras esto basta para la tutela jurídica, a esto se limitan los poderes del Estado. Cuando esto no fuese suficiente, subentra la necesidad del magisterio de policía y del magisterio punitivo”* (1944a: p. 426).

Aunque Carrara no despliega un diagrama completo de los modos en los que la sociedad se protege de las violaciones del derecho sí afirma, al menos, que el denominado magisterio civil precede lógicamente al punitivo, y en la medida en que este sea suficiente para la tutela jurídica, deviene innecesario el empleo de castigo violento.

Finalmente, cabe señalar que Carrara se hace cargo también de que en determinadas circunstancias y aún ante la verificada comisión de un delito, la aplicación de pena deviene injustificada, por no ser necesaria para la tutela jurídica:



*“El último fin del castigar es el bien social. Por lo tanto, cuando circunstancias especiales demuestren que la aplicación del rigor ordinario de la pena en un caso determinado, aunque conforme a la justicia, produciría a la sociedad un daño mayor del que derivaría de dejar impune o de castigar menos a ese reo, nace un conflicto entre la exigencia de la rigurosa justicia y las exigencias del orden externo. Sería justo aplicar la pena ordinaria; pero esto traería un desorden mayor del que nacería de omitir o de moderar la punición” (1946b: p. 79).*

Siendo que la justicia no es el fundamento de la razón de castigar, sino un criterio limitativo, Carrara resuelve esta contradicción en favor del beneficio social. Así, admite que en ciertos casos, es más conveniente eximir incluso de castigo violento al culpable, que satisfacer rigurosamente las exigencias de la justicia.

### **3. Algunas formulaciones actuales del principio de *ultima ratio*.**

#### **3.1. La violencia estatal en el siglo XX.**

La historia se ha encargado de demostrar que los prístinos discursos racionalistas del penalismo ilustrado tuvieron su momento de incidencia en el primer movimiento constitucionalista europeo, producto del cual pueden rastrearse disposiciones que abrevan en la obra de Beccaria y de otros teóricos iluministas.

Pese a ello, ni la fuerza discursiva ni la recepción normativa de las ideas de cautela y garantía que caracterizaron el iluminismo evitaron el resurgir de la violencia estatal en el siglo XX.

Desde lo teórico, la cuestión criminal fue abordada por la escuela positiva, que bajo su pretendida científicidad, alentaba el abandono de todo lastre al poder penal. Partiendo de una postura esencialista, que entendía que la propensión al delito era un defecto genético, se proponía que la pena no fuera castigo, sino curación. Desde esta perspectiva, la pena entendida como tratamiento no reconoce límites: si un enfermo no obtiene el alta médica hasta que sana completamente, un delincuente no debe ser liberado hasta que pueda asegurarse que no reincidirá. La pena ya no será “la menor de las posibles en las circunstancias dadas” -en palabras de Beccaria-, sino “tanta como sea necesaria para garantizar el resultado”. Las críticas de Carrara contra la escuela correccionalista prefiguraban ya los peligros del positivismo criminológico.

Así como en los Siglos XVIII y XIX, el penalismo ilustrado había dado inicio a un movimiento constitucionalista y codificador inspirado en sus principios, la normativa nacida a la luz de las ideas de Lombroso y sus seguidores -todos tributarios del científicismo racista de Spencer (Zaffaroni, 2012: p. 99)- también se fue tiñendo de positivismo<sup>5</sup>.

A la par, desde finales de los años veinte surgirán en Europa movimientos políticos de claro carácter autoritario y antidemocrático. El fascismo y el nazismo se sostuvieron en una proporción no despreciable sobre la idea de un poder ejercido con violencia y sin límites. En materia penal, obvio es, ello significó el abandono de toda idea de limitación y cautela. La exigencia misma de la afectación de derechos individuales como prerequisite para la aplicación de pena fue abandonada en el año 1935 en Alemania cuando a partir de la reforma penal en la que trabajó Mezger, se introdujo la analogía como fuente del Derecho

---

<sup>5</sup> Algunos ejemplos de esta influencia perviven, incluso, en los códigos penales contemporáneos. Baste anotar la vigencia en nuestro medio del criterio de “peligrosidad” para individualizar la pena-art. 41 inc. 2º C.P.- y las disposiciones relativas a la imposición de medidas de seguridad de carácter indeterminado para las personas declaradas inimputables-art. 34 inc 1º, 2º y 3º párr.-

Penal y empezó a considerarse delito toda conducta que pudiera afectar “*el sano sentimiento del pueblo alemán*” (Muñoz Conde: 2009: p. 260).

En América Latina, por nuestra parte, debimos sufrir atroces regímenes de facto que, de manera abierta o subterránea, hicieron uso asiduo de la violencia como forma de administración del poder político. Desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales cometidas a lo largo y ancho del continente son la más clara evidencia de ello.

Si el penalismo ilustrado debió elaborar un discurso limitador de la violencia de los primeros Estados absolutistas, en los siglos XX y XXI los teóricos que formularon discursos de contención del poder penal lo hicieron desde la experiencia de las formas de violencia estatal más extraordinarias hasta hoy vividas.

### **3.2. El derecho penal mínimo de Ferrajoli.**

Luigi Ferrajoli hace en *Derecho y razón* un monumental esfuerzo para fundir los diversos principios del penalismo ilustrado que –como vimos, reconocen fuentes diversas y, en ocasiones, incluso contradictorias- en un sistema coherente que el propio autor denomina Sistema Garantista –SG-.

Continuando la tradición de Carrara y Beccaria, Ferrajoli parte de una perspectiva utilitarista, pero en modo alguno inocente. El propio autor reconoce que, a la luz de los fenómenos políticos y –en términos zaffaronianos (2012, p.431) - de las masacres del siglo XX, el utilitarismo como justificación del poder penal resulta un criterio peligroso, pues tanto habilita discursos limitadores, como programas autoritarios:

*“las filosofías utilitaristas pueden fundamentar, como en las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria; pero también pueden informar tecnologías penales autoritarias y antigarantistas,*

*como las de la prevención especial o las de la defensa social, encaminadas al objetivo de la máxima seguridad posible” (Ferrajoli, 1995: p. 33).*

En relación a este doble filo, que el propio autor ha denominado *ambivalencia del utilitarismo jurídico*, ha profundizado:

*“si el fin es únicamente la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios, las penas más severas incluida la pena de muerte, los procedimientos más antigarantistas incluida la tortura y las medidas de policía más autoritarias e invasivas: desde el punto de vista lógico, el utilitarismo, entendido en este sentido, no es de ningún modo una garantía frente a la arbitrariedad del poder. Por el contrario, si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificado sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada, según el esquema epistemológico ya trazado, por rígidas reglas procesales” (Ferrajoli, 1995: p. 261).*

Pese a esta ambivalencia, a la que luego habrá de dar respuesta, el punto de partida utilitarista le sirve a Ferrajoli en la medida en que, como ya anotáramos al momento de analizar las ideas de Beccaria, descarta una justificación intrínseca de la pena, que requiere siempre la consecución de un resultado útil que la legitime: *“el utilitarismo, al menos en la medida en que excluye las penas socialmente inútiles, es en suma el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado” (Ferrajoli, 1995: p. 258).*

Según Ferrajoli, para que la idea de utilidad no desemboque en un programa autoritario, el "beneficio" no puede ser únicamente la prevención de delitos: *"se entiende que un utilitarismo semejante, al orientar el derecho penal únicamente hacia el fin ne peccetur, encamina sus opciones hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos"* (1995: p. 331). Por ello es que el autor recurre a un segundo parámetro de utilidad, que no mira ya al conjunto de los individuos agrupados socialmente y a quienes se procura proteger de las conductas violentas que se han calificado como delictivas, sino al propio delincuente. En este sentido, la pena estatal debe prevenir

*"la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal. Pretendo decir que la pena no sólo sirve para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone sólo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales públicas o privadas"* (Ferrajoli, 1995: p. 332).

La ventaja de la doble justificación utilitarista es que este segundo criterio de utilidad sí impone un límite máximo al castigo estatal, que nunca puede ser más grave o doloroso que la eventual reacción informal ante el mismo daño.

Esta justificación es, desde luego, teórica y el propio Ferrajoli descarta que el ejercicio actual del poder penal se haga teniendo en miras dicho fundamento. Pero en su consideración, esta es la única manera posible de justificar el castigo violento, por lo que toda pena que no satisfaga los referidos estándares debe ser considerada ilegítima.

Como adelantáramos, Ferrajoli funde los grandes principios del penalismo ilustrado en un modelo ideal de derecho penal mínimo –esto es, “condicionado y limitado al máximo” (1995, p. 104) - al que denomina sistema garantista –SG-.

Ferrajoli expone diez axiomas –formulas prescriptivas de carácter limitador- que condicionan la imposición de pena. Estas fórmulas no son creación de Ferrajoli, quien no hace más, reiteramos, que sistematizar principios nacidos del pensamiento ilustrado doscientos años atrás. Los diez axiomas son:

**A1** *Nulla poena sine crimine* -principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito-;

**A2** *Nullum crimen sine lege* –principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto-;

**A3** *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* -principio de necesidad o de economía del derecho penal-;

**A4** *Nulla necitas sine iniuria* -principio de lesividad o de la ofensividad del acto-;

**A5** *Nulla iniuria sine actione* -principio de materialidad o de la exterioridad de la acción-;

**A6** *Nulla actio sine culpa* -principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal-;

**A7** *Nulla culpa sine iudicio* -principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto-;

**A8** *Nullum iudicium sine accusatione* -principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación-;

**A9** *Nulla accusatio sine probatione* -principio de la carga de la prueba o de verificación-;

**A10** *Nulla probatio sine defensione* -principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación-.

El SG es aquel modelo de derecho penal que incluye todos los axiomas, y se trata de un “*modelo límite, solo tendencial y nunca perfectamente satisfacible*” (Ferrajoli, 1995: p. 93). Por ello es que Ferrajoli reconoce diversos grados de acercamiento a este modelo ideal, de modo que los sistemas que no incluyen uno o varios de estos axiomas son calificados como modelos intermedios con mayor o menor tendencia autoritaria y orientación hacia el denominado “derecho penal máximo”. De estos diez axiomas -que, tal como se ve de su formulación misma, se derivan unos de otros- se desprenden varios subprincipios -a los que Ferrajoli denomina tesis-, por mera consecuencia lógica. A título de ejemplo, si no hay pena sin delito (axioma A1) ni delito sin tipificación legal (axioma A2), ni tipificación sin necesidad (A3), no hay pena sin ley (tesis T11) ni tampoco sin necesidad (tesis T12).

Aún cuando los postulados del SG tienen íntima relación recíproca, a los fines de este trabajo, nos interesa especialmente el análisis del axioma A3 que, bajo el nombre de principio de necesidad, es el modo en el que Ferrajoli incorpora a su doctrina una de las formas del principio de *ultima ratio*.

El principio de necesidad en Ferrajoli tiene, como en Beccaria, íntima relación con el utilitarismo: “*La pena –según la tesis ya aludida que une a Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham y Carmignani- debe ser ‘necesaria’ y ‘la mínima de las posibles respecto al fin de la prevención de nuevos delitos’*” (1995: p.394). En efecto, si la función de la pena es la prevención de delitos, son superfluas – esto es, innecesarias y, por tanto, injustificables- las sanciones penales que no busquen la satisfacción de esta utilidad.

De este axioma A3 se desprenden, al menos, dos tesis: *nulla poena sine necessitate* –tesis t12- que es la que hemos venido analizando hasta ahora, pero también *nulla lex poenalis sine necessitate* –en el sistema de Ferrajoli, tesis t3-. Tal como se ve, el principio de necesidad no sólo supone la demostración de la utilidad de la pena para su imposición, sino que le exige a la propia ley penal, que, para ser válida, sea *necesaria*. De este modo, Ferrajoli se manifiesta abiertamente en contra de los procesos legislativos inflacionarios propios de fines

del siglo XX y principios del siglo XXI, que, tanto en Europa como en América, han superpoblado los códigos penales de disposiciones que engloban más y más conductas prohibidas.

A la par, este principio de necesidad implica también, intervención mínima. En efecto, desde la perspectiva utilitarista adoptada, la pena debe ser la necesaria para satisfacción de la utilidad, y no más que la necesaria. Es decir que el poder penal sólo se justifica cuando se administra en las dosis indispensables para la satisfacción de la utilidad consagrada, y todo aquello que exceda de este mínimo, es violencia injustificada.

Desde su utilitarismo de doble vertiente, Ferrajoli entiende que la pena de muerte no puede justificarse bajo ningún punto de vista –a diferencia de otros utilitaristas de la escuela clásica, como el propio Beccaria, quien excepcionalmente admitía su aplicación en el caso de aquel individuo que aún privado de su libertad tuviera *“tales relaciones y tal poder”* que su sólo existencia pudiera *“producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”* (2010: p. 77)-. Es que, si la pena tiene como límite mínimo la utilidad en términos de prevención de delitos, pero también está regida por el límite máximo de la protección del ofensor ante la reacción violenta informal, la pena impuesta por el Estado no puede nunca exceder el castigo informal. La pena de muerte no dista en nada del linchamiento, y, por ello, no es admisible desde el utilitarismo ferrajoliano.

Finalmente, y esto es central en el esquema de Ferrajoli, debe entenderse que la necesidad está condicionada por la lesividad –lo que postula en el axioma a4 o tesis t4, *“nulla necessitate sine injuria”*-. Es decir que, a menos que haya existido una efectiva ofensa lesiva de un bien, no existe *necesidad* en términos penales. Consecuencia de ello es que no pueden prohibirse conductas inocuas ni, menos aún, aplicar castigos violentos por actos u omisiones que no hayan generado daño.

### **3.3. Los principios de *ultima ratio* de Binder.**



Alberto Binder, quien más atención ha prestado a la formulación del principio de *ultima ratio* dentro de la doctrina argentina, lo concibe como un límite a la política criminal. Más adelante nos adentraremos en el análisis del concepto mismo de política criminal, su relación con otras políticas públicas, sus finalidades y medios específicos. Baste por ahora señalar para entender la cuestión que, en la teoría de Binder, la política criminal (PC) es parte de la política de gestión de conflictos (PGC), esto es, la rama de las políticas públicas de un Estado que gestiona la conflictividad social para evitar que la misma se resuelva a través de la violencia y el abuso de poder. Desde esta perspectiva, la PC no tiene una finalidad específica, pues comparte la de la PGC, pero sí se caracteriza por contar con una herramienta que le es propia para el cumplimiento de sus fines: el uso de los instrumentos violentos del Estado.

Binder advierte que existe una innegable debilidad en la consagración normativa del principio de *ultima ratio* (2013: p. 223). No obstante ello, entiende que la vigencia de este principio y su aplicación práctica le vienen dadas por su propio carácter de límite a la política criminal. En este sentido, el autor aclara que no es una restricción o límite externo al ejercicio del poder penal –como es, por ejemplo, el sistema de garantías- sino un límite interno, una condición de eficiencia de la política criminal:

*“el conjunto de reglas y principios que se expresan con ese nombre (ultima ratio) son los grandes reguladores de una política criminal de base democrática (...) este conjunto de límites, propios de la política criminal, no funcionan como restricciones, es decir, como límites que, de algún modo y por razones más que justificadas, dificultan obtener resultados propios de la política criminal, como, por ejemplo, podríamos ser más ‘eficaces’ si torturamos a las personas. Estos límites funcionan de una manera distinta: ellos son condiciones positivas de la eficacia de la política criminal”*(Binder, 2014: p. 220).

Con toda claridad, concluye:

*“el principio de mínima intervención o ultima ratio en sentido amplio, es una regla de eficacia y como tal constituye un límite interno a la política criminal. Según esa regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos (y esa es la finalidad última de la política criminal como parte de la política de gestión de la conflictividad) es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio de poder que históricamente más peligrosamente se ha acercado a formas brutalmente abusivas, hasta el presente”* (Binder, 2014: p. 221).

La gran paradoja de la política criminal es que pretende la disminución de la violencia a partir del empleo de la violencia –claramente, el medio menos idóneo para la consecución de dicho fin-. Por ello es que la propia lógica de esta política pública supone que debe ser usado como último recurso y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad. Esta es, en esencia, la idea detrás de lo que Binder denomina, principio de *ultima ratio* “en sentido amplio”, vinculado a “la idea de una permanente y progresiva dulcificación del castigo” propia del “programa racionalizador de la Ilustración” (2011: p. 210).

Pero, como ya hemos anotado, existen una pluralidad de sentidos distintos con el cual se ha vinculado a la expresión *ultima ratio*. Tanto se ha usado para referirse a la primacía de la respuesta no violenta en la gestión de conflictos, como a la idea de mínima intervención, a la de necesidad –que ya hemos desarrollado largamente en relación a Ferrajoli– o a la exigencia de utilidad.

Binder no opta por una u otra caracterización, sino que prefiere descomponer este concepto amplio de *ultima ratio*, en un principio de *ultima ratio*

en “sentido estricto” y una serie de “principios adyacentes” fuertemente interrelacionados (2014: p. 222).

Existe, entonces, un principio de *ultima ratio* en sentido amplio, pero la precisión conceptual impone tratarlo como una pluralidad de directrices concurrentes aunque diferenciables.

Muy sintéticamente, señalaremos la clasificación propuesta por el autor:

**a. *Ultima ratio* en sentido estricto:** El contenido de este principio puede definirse, esencialmente, como la primacía de los medios no violentos en la gestión de conflictos. Con cita de Luzón Peña, Binder afirma que, en función de este principio, “*si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar esto*” (2011: p. 213).

Este concepto, señala, tiene un carácter “relacional”, pues se refiere a la

*“primacía de otros instrumentos de intervención. No existe ultima ratio sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados antes que la intervención violenta. No se trata de ‘poca violencia’ sino de otros instrumentos de gestión del conflicto siempre y antes del instrumento violento”* (Binder, 2014: p. 231).

Es decir que, si en la gestión de la conflictividad social la aplicación de medios no violentos aparece como idónea, la intervención violenta –pena– resulta injustificable. De ello se sigue lo que Ferrajoli ha denominado *principio de necesidad*. El ejercicio del poder penal debe ser necesario, y, consecuencia de ello, debe demostrarse que los instrumentos no violentos han fracasado o fracasarían en la gestión del conflicto. Esta necesidad, ya lo veremos, deber ser estricta e ineludible, por lo que su alegación debe ser sometida a un intenso escrutinio a fin de verificar su legitimidad.

La primacía de los instrumentos no violentos debe ser entendida en dos niveles: como primacía valorativa, por cuanto deben preferirse estos por sobre los violentos; pero también práctica, porque estos serán, en general, mucho más idóneos para la consecución de los fines de la PGC (Binder, 2014: p. 231).

De este principio se desprende la obligación del Estado de asegurar que esos medios no violentos existen y se aplican.

**b. Mínima intervención:** así denomina a la regla que *“prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia. No introducir violencia en la sociedad cuando no la hay”* (Binder, 2011: p. 217).

Aquí refiere el autor con acierto que, pese a la claridad de la idea, la vigencia real de la misma se encuentra controvertida, por ejemplo, en aquellos casos de delitos de acción pública en los que la víctima no desea en realidad el ejercicio de poder penal y prefiere alguna decisión reparadora –como en los pequeños hurtos o en delitos de lesiones culposas-. Pese a ello, muy frecuentemente, estos procesos se siguen adelante, y terminan en ocasiones con sanciones penales que resultan innecesarias a la luz del conflicto de base.

Por otro lado, Binder señala la diferencia conceptual entre este principio de mínima intervención y el de *ultima ratio* en sentido estricto. Aún en casos en los que la primacía de la respuesta no violenta se respeta, y se llega a la conclusión de que no existe otro medio más idóneo que el poder penal –por ejemplo, en casos en los que no han sido diseñados o no se han implementado medios alternativos de gestión de conflicto para el caso concreto, por ser novedoso- igualmente debe verificarse que no se esté introduciendo violencia donde no la hay (Binder, 2014: p. 234).

**c. No naturalización:** A partir de este principio se llama a *“rechazar todo intento de naturalización de las decisiones político criminales”* (Binder, 2011: p. 219). No existe ningún tipo de conflicto que, por su propia naturaleza, implique necesariamente una respuesta penal. Ello obedece, siempre, a una decisión político criminal que podrá tener su permanencia en el tiempo y su profunda justificación cultural, pero no por ello debe ser entendida como *natural*.

*“A lo largo de la historia –recuerda Binder- se han utilizado medios compositivos, por ejemplo, para los homicidios, e, incluso frente a homicidios que podrían ocasionar graves daños sociales porque podrían llevar a la guerra entre clanes o familias. Actualmente, muchos conflictos graves, como por ejemplo, grandes conflictos gremiales, son también sometidos a procesos compositivos o de conciliación obligatoria” (2014: p. 235).*

**d. Economía de la violencia:** la enunciación misma de este principio basta para explicarlo, se trata de evitar la prodigalidad de la violencia y, en particular, de la violencia estatal. El contenido específico de este principio tiene especial relevancia en la ponderación de casos concretos, toda vez que impone que la respuesta violenta al conflicto no debe ser percibida y aplicada de manera rígida, que siempre *“se debe dejar abierta la puerta a una intervención no violenta, según las condiciones del caso concreto, según las circunstancias del momento”* (Binder: 2014, p. 238). Si la regla general prescribe en determinadas circunstancias que debe aplicarse pena, pero el caso concreto o las circunstancias sociales del momento aconsejan una respuesta distinta, la necesidad de economizar violencia impone aplicar al caso la solución alternativa. Ya hemos visto como esta misma idea estaba insinuada en la obra del propio Carrara.

**e. Utilidad:** según este principio, no debe emplearse el instrumento violento si ello no produce *“algún resultado útil, entendiendo por tal alguna disminución de la violencia social o el control del abuso de poder”* (Binder, 2011: p. 222).

Se rescata aquí, de manera semejante a Ferrajoli, el ideal utilitarista como contenido del principio de *ultima ratio* y, por lo tanto, como límite interno al poder penal en su carácter de herramienta propia de la política criminal.

Esta utilidad referida con carácter general -disminución de la violencia social o control del abuso de poder- no se satisface con la mera invocación de la

prevención del delito con carácter indeterminado, sino que debe ser “*evaluable, tangible*” (Binder, 2014: p. 241). Para ello, debe entenderse que cada ámbito de conflictividad concreto tiene sus propias características y que la disminución de la violencia significará algo distinto en cada caso concreto.

*“La utilidad –nos dice Binder- siempre debe ser mensurable y ello sólo se logra en relación con problemas concretos, nunca en abstracto. Por ejemplo, en determinadas áreas, donde existan organizaciones con amplio poder sobre las actividades criminales, desbaratar y anular esas organizaciones puede ser una utilidad determinante. En otros casos, contener formas de violencia que tienden a agravarse sin la intervención del Estado (violencia doméstica, p. ej.) puede ser otra utilidad distinta” (2014, p. 241).*

La mera enunciación de ejemplos no hace más que reforzar la idea con la que los distintos autores reseñados vienen insistiendo: la violencia nunca se justifica a sí misma, menos aún como política pública.

Así –como más adelante desarrollaremos-, esta regla impone, entre otras cosas, la necesidad de justificar cada programa político criminal, explicitando los objetivos que, mediante el empleo de instrumentos violentos, pretenden alcanzarse. Estos objetivos deben ser concretos y mensurables, a fin de evaluar, como en el caso de cualquier otra política pública, el éxito obtenido o los avances realizados en la gestión de la conflictividad.

**f. Respaldo:** este principio alude también a la relación de la política criminal con otras ramas de la política pública y establece la “*función de respaldo que siempre debe realizar la PC a otra política, o a otro conjunto de medidas que no son político criminales*” de modo que “*el diseño de la PC siempre es parte de un diseño más amplio que interviene en un sector de la vida social*” (Binder, 2011: p. 223).

En su carácter de medio menos idóneo para la consecución de los fines de disminución de violencia, la respuesta penal siempre está presente para respaldar otras políticas públicas. Reiteramos, entonces, que lo propio de la PC es el empleo de instrumentos específicos, pero que no tiene ninguna finalidad particular que no pueda eventualmente ser cumplida por otras ramas de la PGC.

Tal como se ve, los principios de *ultima ratio* son un conjunto de reglas tendientes a remarcar la excepcionalidad de la respuesta violenta, a lograr su constante reducción y a someter a estrictos controles de razonabilidad su empleo. Se trata, por lo demás, de verdaderas reglas de eficacia de la política criminal en tanto política pública y no de meros principios programáticos o imperativos éticos sin obligatoriedad.

Aún cuando Binder no desconoce las dificultades que existen para fundar normativamente estos principios, tal circunstancia –desde la perspectiva referida– no hace menos exigible su cumplimiento, en la medida en que la propia lógica de su finalidad así lo impone. Así, antes que principios, deberían denominarse “leyes” o “reglas” (Binder, 2014: p. 244).

#### **4. Acerca de la autonomía conceptual del principio de *ultima ratio*.**

La autonomía conceptual del principio de *ultima ratio* ha sido puesta en cuestión por algunos de los autores que se han acercado al tema. Así, expresa Bacigalupo que:

*“No es fácil establecer qué rango le corresponde al ‘principio de intervención mínima’ dentro del ordenamiento jurídico español. Las definiciones de su contenido suelen diferir unas de otras (confr. MIR PUIG, loc. cit., pp 126 y ss.; JOSÉ A. SAINZ CANTERO, Lecciones, p. 36; QUINTERO OLIVARES, Introducción, p. 48; RODRÍGUEZ*

MOURULLO, *Derecho penal, Parte General, i*, pp. 52 y ss.). Por lo general se lo expresa en el sentido de considerar al hecho penal como la *ultima ratio* de la política social y limitando el derecho penal a la protección de bienes jurídicos. En parte es un principio de la política criminal referido a su eficacia, pero en parte tiene que ver también con la extensión atribuida al derecho penal en el Estado. Visto desde este último aspecto cabría pensar en la existencia de ciertos límites suficientemente objetivos que el derecho penal no podría superar en el Estado democrático de derecho. Sin embargo, es difícil imaginar límites diversos de los que ya hemos tratado al analizar las otras garantías constitucionales. Por este motivo es posible que el principio de intervención mínima no tenga una autonomía como para ocupar un lugar independiente entre los principios del derecho penal” (1996: p. 32).

Otros teóricos, como Wendt, también controvierten esta pretendida autonomía. El autor alemán, tras analizar una serie de fallos constitucionales de su país, concluye que el principio de *ultima ratio* no es más que una manifestación del principio de proporcionalidad, no ya como un criterio de regulación del poder penal, sino como principio general del derecho público. Así, nos dice Wendt:

“la comparación entre el principio de *ultima ratio* y el principio de proporcionalidad demuestra que, desde un punto de vista teórico, ambos principios persiguen el mismo objetivo: impedir una acción estatal excesiva contra los ciudadanos. En la práctica, el principio de *ultima ratio* del derecho penal no está a la altura de su supuesta mayor estrictez” (2013: p. 91).



Las dificultades en la distinción conceptual entre el principio de *ultima ratio* y otros principios limitadores del poder penal demuestran la necesidad de ahondar en el estudio de éste (Binder, 2014: p. 245) pero no implican por sí mismas que el referido principio no tenga autonomía. En primer lugar, la confusión se inicia, según parece, en el lugar en el que se ubica al principio de *ultima ratio*. Entendemos, junto con Binder, que este no es un límite externo al ejercicio del poder penal, como sí lo son todos los otros principios que pertenecen al sistema de garantías -y con los cuales lo confunde Bacigalupo- si no un condicionante de la eficacia misma del ejercicio del poder penal: si la pena es una herramienta puesta al servicio de la reducción de la violencia en la gestión de la conflictividad, es condición impuesta por esta propia función que la cuota de violencia ejercida por los poderes estatales sea la mínima ineludiblemente necesaria.

De este modo, la pregunta por la necesidad del empleo de poder penal es anterior a la puesta en marcha del sistema de garantías. Si no existe necesidad de introducir violencia, el ejercicio de ese poder se torna injustificado *per se*, sin que haya motivo para hacer jugar el principio de legalidad, de culpabilidad, etc. El principio de *ultima ratio* como límite interno -condición de eficacia- de la política criminal y las garantías penales como límites externos tienen, entonces, ámbitos separados de incidencia.

De modo semejante, tampoco cabe asimilar el principio de *ultima ratio* con el de proporcionalidad, aunque exista entre ambos una relación cercana. Contra lo afirmado por Wendt, entendemos que esta identificación es incorrecta por cuanto el principio de *ultima ratio* no sólo busca evitar una acción excesiva del Estado, sino una acción innecesaria. Mientras el principio de proporcionalidad se pregunta por el *quantum* del castigo violento -y ello encierra una compleja serie de interrogantes subordinados, de los cuales no resulta el menor el establecimiento del criterio para la mensura de las penas- el principio de *ultima ratio* se pregunta por la idoneidad del mismo para la gestión de la conflictividad social, siempre teniendo en cuenta el conjunto de instrumentos del Estado que

sirven a los mismos fines. Una vez más, la cuestión de la estricta necesidad del castigo –principio de *ultima ratio*– precede lógicamente a la cuestión de su medida–principio de proporcionalidad-.<sup>6</sup>

De allí que entendamos, en contra de las dudas expresadas por Bacigalupo y Wendt, que el principio de *ultima ratio*, en tanto límite interno de la política criminal es un concepto distinto e independiente tanto del sistema de garantías como del principio de proporcionalidad del derecho público.

## 5. Conclusiones del capítulo.

El principio de *ultima ratio* es, innegablemente, uno de difícil precisión. A punto tal que Binder, por ejemplo, ha desistido de la formulación de un concepto único, prefiriendo desarrollar una serie de principios interrelacionados. No obstante ello, podemos referir una serie de ideas cuya continuidad histórica resulta innegable, y que se ha visto evidenciada en la sucinta reseña que hemos hecho de los desarrollos de Beccaria, Carrara, Ferrajoli y Binder.

El primer concepto base que debe ligarse indisolublemente al principio de *ultima ratio* es el de *necesidad*. Nadie lo ha expresado con mayor claridad que el marqués de Beccaria, quien ha denunciado como despótico todo poder penal que se ejerza de manera innecesaria.

Este criterio de necesidad es, desde luego problemático, porque implica, entre otras cosas, ponernos de acuerdo en relación a cuál es la utilidad del poder penal, y cuándo esta utilidad no puede satisfacerse por medios no violentos,

---

<sup>6</sup> Incluso podría sostenerse que, en lo que al poder penal se refiere, el principio de proporcionalidad es un subprincipio dependiente del principio de *ultima ratio*, y no al revés. Si, como sostiene Binder, uno de los principios adyacentes es el de economía de la violencia, que prescribe el uso mínimo de violencia para la consecución de los fines de la política criminal, la necesidad de mensurar rigurosamente el monto de la pena en función de esos fines –una de las posibles concepciones del principio de proporcionalidad– viene determinada por esta directriz.

puesto que sólo entonces podrá afirmarse la existencia de ineludible necesidad en su empleo. Pero con independencia de estos importantísimos interrogantes –de los que intentaremos dar cuenta más adelante, al analizar la política criminal en el marco de las políticas públicas- lo cierto es que el estándar de estricta necesidad supone la elaboración de una serie de exigencias al poder penal.

En primer lugar, se establece un criterio –ya lo hemos dicho- de *utilidad*. A partir de ello, ya no podremos afirmar que ejercemos el poder penal sin saber por qué, ni qué función cumple –si es que cumple alguna-. Tal función debe ser hallada, debe manifestarse en circunstancias concretas, ser tangible y susceptible de ser mensurada.

Pero como la mera utilidad no implica necesidad, no basta con demostrar que el castigo violento cumpliría satisfactoriamente con esta hipotética misión social, sino que debe demostrarse que los instrumentos no violentos resultan inútiles para el cumplimiento de los mismos fines. En la medida en que otros modos de gestión puedan cumplir con estas finalidades, el ejercicio del poder penal deviene injustificado. Esta es la idea frecuentemente referida como *principio de subsidiariedad* o, en palabras de Binder, *principio de respaldo*. También de allí surge la conocida fórmula del empleo del castigo violento sólo como *último recurso*.

Este concepto base de *estricta necesidad*, del que se desprenden la idea de utilidad y el principio de subsidiariedad o respaldo, son una constante en las reflexiones de todos los autores que hemos reseñado. Aún con las marcadas diferencias que tienen sus respectivos desarrollos teóricos, todos, de un modo u otro, han aludido a estas continuidades.

En relación al concepto de *ultima ratio*, solo resta advertir por ahora que el mismo goza de una saludable autonomía, y que no puede ser identificado con los principios de proporcionalidad del derecho público, ni con los límites externos a la política criminal que provienen del sistema de garantías, si no es a partir de la confusión de los ámbitos de incidencia de aplicación de unos y otros.

De este modo, si el principio de *ultima ratio* como es entendido desde hace casi trescientos años tiene efectiva vigencia normativa, deberemos encontrar en los instrumentos de protección el fundamento para los conceptos aludidos.

### III. Manifestaciones normativas del principio de *ultima ratio*

#### 1. Antecedentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

##### 1.1. Las libertades individuales en la modernidad.

La historia de los derechos humanos no es una que pueda contarse en varias decenas de siglos. Si, como afirma Raffin, *"los derechos humanos son una de las invenciones más sorprendentes y paradójicas de la modernidad"* nacida del proyecto político burgués como herramienta para la limitación del poder real (2006: p.1), los derechos humanos han tenido en realidad, una vida bastante corta.

En efecto, lo que hoy entendemos por derechos humanos reconoce algunos antecedentes antiguos, pero de carácter remoto. Es que, como agudamente señala Mónica Pinto, si una de las características propias de esta categoría de derechos es su vocación de universalidad, entonces *"el mundo antiguo no conoció los derechos humanos"* (2011: p.1.), en la medida en que sociedades como la griega o la romana entendían legítimas, por ejemplo, las diferencias de *status* jurídico entre varones y mujeres, entre esclavos y hombres libres.

No hay duda, entonces, de que el primer antecedente directo de los actuales instrumentos de protección lo constituyen las constituciones, cartas y

declaraciones nacidas al calor de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII que buscaron el establecimiento de Naciones-Estado -con diversas conformaciones, pero siempre limitando el poder real en pos de las libertades individuales- y que marcaron el inicio de la Modernidad. El progresivo ascenso de la clase burguesa

*“encuentra su consagración en la creación de nuevas sociedades políticas a través de los procesos revolucionarios que se denominan comúnmente, las Revoluciones Atlánticas: la Revolución holandesa de 1648, la Glorious Revolution de 1688, la Revolución de los Estados Unidos de 1776, y la Revolución Francesa de 1789” (Raffin, 2006: p. 10).*

Estos procesos revolucionarios, además, dieron como producto una serie de declaraciones, cartas y constituciones que –con fundamento teórico en el movimiento de la Ilustración, cuyas características esenciales ya hemos reseñado en el capítulo anterior- consagraron con carácter general libertades públicas de los individuos, en lo que luego sería llamado –no sin críticas, por cierto- “derechos de primera generación”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Afirmar que los derechos humanos pueden ser clasificados en “generaciones” o “categorías” trae ínsita la idea de que alguna de esas categorías tiene preeminencia sobre otra o, al menos, algún grado mayor de exigibilidad. Tradicionalmente se ha afirmado, en este sentido, que los derechos civiles y políticos –derechos de primera generación- son “derechos de autonomía”, en los que la obligación estatal para su goce se limita a obligaciones negativas –“dejar hacer”-: no impedir la libertad de expresión, no impedir el libre ejercicio del culto, etc.-. Los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, demandarían de los Estados acciones positivas –“derechos-prestación”-, razón por la cual su satisfacción no tendría tan rigurosos estándares de cumplimiento. Estas ideas ya han sido superadas. En primer lugar, por la consagración generalizada del principio de interdependencia de los derechos humanos, según el cual el desmedro en el goce de alguno de ellos incide en el disfrute de los demás –por ejemplo, el derecho a la vida no se satisface sólo con no ser privado arbitrariamente de ella, sino que exige gozar de niveles adecuados de salud, alimentación, vivienda y educación sin los cuales la vida no puede llamarse digna-. Pero además, la distinción entre obligaciones positivas y negativas como exclusivas de una u otra categoría de derechos es también falsa:

El derecho a la libertad de expresión, la libertad de culto, la seguridad y la propiedad fueron considerados de titularidad inalienable para todos los hombres. En lo atinente al poder de castigar y sus límites, asistimos en este momento a la consagración definitiva de principios como el de culpabilidad, proporcionalidad, y el sistema de garantías procesales que, casi sin variaciones, se mantienen vigentes al día de hoy.

## **1.2. Primeras referencias normativas del principio de *ultima ratio*.**

En lo que al principio de *ultima ratio* respecta, la primera referencia normativa expresa la encontramos en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789. Esta Declaración, pilar fundamental del constitucionalismo occidental, establece en su artículo 8 que *“la Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”*<sup>8</sup>.

---

*“Los derechos no imponen siempre acciones concretas, sino tipos de obligaciones que si bien fijan una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados, un espacio muy grande de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizarán esos derechos. Ello es así, tanto para los derechos civiles y políticos cuanto para los derechos económicos sociales y culturales, pues todos ellos demandan un complejo de obligaciones positivas y negativas (...)*

*Cuando se observa la estructura de estos derechos [económicos, sociales y culturales], no resulta difícil descubrir la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación (...) En suma, los derechos económicos sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado (...)*

*(...) Además (...) algunos de los derechos clásicamente considerados `civiles y políticos` han adquirido un indudable cariz social. Muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos” (Abramovich, 2007: p. 232).*

---

<sup>8</sup> En la famosa Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana redactada por Marie Gouze, más conocida como Olympe de Gouges, también se recepta el principio de *ultima ratio*. El art. VIII de la referida declaración establece que *“la Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser*

Binder destaca la claridad y contundencia de la norma referida:

*“si atendemos bien a la fórmula podremos observar su formulación precisa y ‘fuerte’. Nada de fórmulas abiertas, ni meros ‘consejos’ al legislador. Nada más alejado de la política criminal actual, ampulosa y desorbitada, ni de la dogmática penal confusa y permisiva con la expansión e inflación penal” (2014: p. 224).*

En efecto, la idea de estricta necesidad propia del principio de *ultima ratio* se encuentra plasmada de manera indubitada, lo que no ocurre –como ya veremos- en los actuales instrumentos de protección internacional<sup>9</sup>.

---

*castigado más que en virtud de una Ley, establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada a las mujeres”.*

<sup>9</sup> Curiosamente, la clara formulación del estándar de estricta necesidad del art. 8 de la Declaración parece ser una fórmula absolutamente original. En relación a las fuentes de la declaración, se reconocen como sus antecedentes directos a la Declaración de Virginia del año 1776 y las otras declaraciones americanas que tuvieron lugar en la misma época. Así, sostiene Jellinek que: *“La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los Bills of Right o Declarations of Rights. Todos los proyectos de Declaración francesa, desde los contenidos en las actas hasta los veintiún proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas”* (2000: p. 92).

Jellinek ha realizado un pormenorizado estudio de todo el articulado de la Declaración francesa, indicando qué normas de qué declaraciones americanas resultan ser su antecedente. Pero en relación al artículo 8, el autor señala como fuentes de la disposición a los arts. XVIII de la declaración de New Hampshire, y XIV y XV de la de Maryland (2000: p. 101), ninguno de los cuales contiene una formulación análoga del principio de *ultima ratio*.

En efecto, el art. XVIII de la declaración de New Hampshire introduce el principio de proporcionalidad –que, ya hemos visto, es conceptualmente distinto del de *ultima ratio*- en tanto que el art. XV de la declaración de Maryland consagra el principio de irretroactividad de la ley penal. La única de las disposiciones referidas que podría tener algún contacto con el estándar de estricta necesidad del art. 8 de la Declaración francesa de 1789 es el art. XIV de la declaración de Maryland, por el cual, además de establecerse la prohibición de tratos crueles, se dispone que *“las leyes sangrientas deben evitarse, en la medida en que ello sea compatible con la seguridad del Estado”*. Pero esta proscripción de las *“leyes sangrientas”*, subordinada a la compatibilidad con la seguridad del Estado, dista mucho de la fórmula de estricta e ineludible necesidad de la Declaración francesa.



Además de este art. 8 que veda el establecimiento de castigos que no sean estricta y evidentemente necesarios, la Declaración contiene dos disposiciones de interés que deben ser leídas de manera conjunta con ésta.

El artículo 9 dispone que *“puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”*. El artículo 12, por su parte, establece que *“la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada”*.

El elogio de Binder a la precisión del art. 8 puede extenderse a estas dos normas, que refuerzan y complementan a la primera. El artículo 9 consagra la excepcionalidad de la detención preventiva, y establece también para ella un criterio de estricta necesidad. El art. 12 refiere, esta vez con carácter general, el principio de necesidad en el empleo de la fuerza que, asentada en el paradigma utilitarista, sólo se justifica cuando de ella pueda extraerse el beneficio de todos – y no el *“provecho particular”* de algunos-.

Aún cuando la Declaración de 1789 tenía, como es obvio, mero carácter declarativo, al ser incorporada de manera íntegra en la Constitución Francesa de 1791, se convirtió en el primer instrumento de tipo vinculante en contar con una formulación expresa del principio *de ultima ratio*.

Es harto conocida la complejidad del proceso de transformación política de Francia en los años que siguieron a la revolución de 1789 que, en el plano normativo, redundó en el dictado de tres Constituciones en menos de un lustro. Pero, pese a las diferencias entre los textos de las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, las dos últimas también contaron con disposiciones que receptaban expresamente el principio *de ultima ratio*.

Así, el artículo 15 de la Declaración de Derechos que inicia la Constitución de 1793 establece que *“La ley no debe imponer sino penas estricta y evidentemente necesarias: las sanciones deben ser proporcionales al delito y útiles a la sociedad”*. Esta

formulación es interesante porque, además de reproducir el principio de estricta necesidad de las penas, enfoca la misma desde un criterio utilitarista al exigir, en el mismo artículo, que ellas sean “*útiles a la sociedad*”.

El artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que integra la Constitución francesa de 1795, por su parte, establece que “*la Ley debe imponer sanciones que sean estrictamente necesarias y proporcionadas al delito*”, reproduciendo, una vez más, la clara fórmula de la Declaración de 1789 y vinculándola al principio de proporcionalidad.

Tal como se ve de la breve reseña aquí realizada, tanto la Declaración de 1789 como las tres Constituciones inspiradas en ella contenían formulaciones precisas y fuertes del principio de *ultima ratio*.

## **2. La aparición de los derechos humanos y la desaparición del principio de *ultima ratio*.**

### **2.1. El paso de las libertades individuales a los derechos humanos.**

Las Declaraciones y Constituciones nacidas al calor de los procesos revolucionarios burgueses -entre las que se cuentan la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y las referidas Constituciones francesas- han sido fundamentales para establecer los primeros derechos reconocidos a los individuos con vocación de generalidad y como límite al poder del soberano. Pero -sin desconocerles ese indudable valor- no son, en sentido estricto, instrumentos de protección de los derechos humanos. Es que, como bien señala Mónica Pinto, las libertades públicas reconocidas en dichos instrumentos son distinguibles conceptualmente de los derechos reconocidos y protegidos en el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

*“En el camino que separa las nociones de ‘libertades individuales’ y derechos humanos se construyen las propiedades que agregadas a las primeras permiten obtener los segundos. Así el concepto de derechos humanos, cualquiera sea la posición jusfilosófica que se adopte, puede predicarse respecto de todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad, de allí la universalidad de la noción y su diferencia con los derechos de los hombres libres, de los hombres de determinadas sociedades, etc. De lo expuesto se sigue también que, a diferencia de las libertades individuales que el capitalismo extenderá a las personas jurídicas o de existencia ideal, los derechos humanos quedan acotados en cuanto a su titularidad a la persona física, sin distinción alguna de sexo o edad, superando las incapacidades de hecho y de derecho contenidas aún en algunas legislaciones. La universalidad no puede sino conducir a la igualdad, esto es, a la idea de que la calidad humana da iguales derechos sin perjuicio de que luego la ley se encargue de otorgar igual protección a quienes se encuentran en igual situación, señalando una diferencia importante entre la noción de igualdad como principio informante de la noción de derechos humanos y la de igualdad ante la ley, como principio general de derecho. Esta igualdad reconoce como corolario la no discriminación. Lejos de borrar las diferencias —en rigor, el goce y ejercicio de los derechos humanos se confirma con la validez del derecho a ser diferente—, la no discriminación apunta a deslegitimar, declarando ilegal, toda diferencia que tenga por objeto cercenar, conculcar, de algún modo afectar o impedir el goce y ejercicio de derechos humanos. La indivisibilidad intrínseca del ser humanos e reflejará en los derechos de que es titular y en la interdependencia de los unos y los otros”. (2011: p. 13).*

La vinculación exclusiva con las personas físicas, la idea madre de igualdad, y su universalidad, son, entonces, las características que distinguen a los derechos humanos de las libertades públicas conquistadas por vía

revolucionaria en los albores del capitalismo. Y es esta universalidad, que no depende de fronteras ni ciudadanías, la que determina que la protección de los derechos humanos deba necesariamente ser internacional. Por ello, todos los reconocimientos de derechos anteriores a la Segunda Guerra Mundial deben ser considerados, en palabras de Pinto, *“antecedentes, aunque no precedentes, de la protección de los derechos humanos”* (2011: p.5). Constituyen, si se nos permite la expresión, la Prehistoria de los derechos humanos. En este sentido estricto, entonces, los derechos humanos como hoy los entendemos han surgido con el establecimiento de la comunidad internacional de Estados, y a partir de la instauración de los sistemas internacionales de protección.

## **2.2. La ONU y los derechos humanos.**

En el plano universal, desde el nacimiento mismo de la Organización de Naciones Unidas, se advierte la preocupación por los derechos humanos. El mismo preámbulo de la Carta de Naciones Unidas del 21 de octubre de 1945 anuncia que los *“pueblos de las Naciones Unidas”* están *“resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”*. Por ello es que, ya en el artículo primero de la Carta, se establece como propósito de la Organización el de *“realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”*. Los *“derechos humanos y libertades fundamentales”* son referidos de manera reiterada a lo largo de todo el articulado de la Carta, imponiendo obligaciones en pos de su vigencia y protección tanto a la Organización<sup>10</sup>, como a los Estados<sup>11</sup>, sea conjunta o separadamente.

Pero el verdadero fundamento normativo del Sistema Universal de protección de los derechos humanos es el art. 68 de la Carta, por el cual se

---

<sup>10</sup> Art. 55 de la Carta de Naciones Unidas.

<sup>11</sup> Art. 56 de la Carta de Naciones Unidas.

dispone que el Consejo Económico y Social –ECOSOC– debe establecer “comisiones para la promoción de los derechos humanos”.

Consecuencia de dicho mandato, en 1946 el ECOSOC crea la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que, casi de inmediato, se aboca a la tarea de proyectar el texto de una Declaración Internacional de Derechos Humanos. En el especial contexto político internacional que caracterizaba las actividades de Naciones Unidas en aquellos primeros años, ya instalada la guerra fría, toda votación era asumida en bloques: Estados Unidos y alineados por un lado, Unión Soviética y afines por el otro. Pese a ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es aprobada sin votos en contra el 19 de diciembre de 1948 (Cançado Trindade, 2003: p. 58).

La DUDH no define qué debe entenderse por derechos humanos. Es, en realidad, una suerte de catálogo de contenidos mínimos de derechos de los que gozan todas las personas por su carácter de tales, y que deben ser vistos siempre a la luz de dos principios fundamentales: el de inherencia, y el de igualdad y no discriminación (arts. 1 y 2 DUDH). Es valioso destacar que en la DUDH no existe una división tajante entre derechos civiles y políticos por un lado y económicos, sociales y culturales por el otro, lo que da serio fundamento a aquellas posturas críticas de las divisiones de los derechos humanos en artificiales “categorías” o “generaciones”.

Sin desmerecer la indiscutible relevancia de la DUDH, y sin desconocer los fuertes argumentos por los cuales, al día de hoy, puede afirmarse su obligatoriedad<sup>12</sup>, lo cierto es que, en estos primeros años de vida del Derecho

---

<sup>12</sup> “La obligatoriedad jurídica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido subrayada por la Proclamación de Teherán, la cual dice «... La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional...».

Asimismo, algunos autores como Hitters, le dan el carácter de costumbre como fuente de derecho «... las prerrogativas allí enunciadas [se refiere en la Declaración] se han convertido en derecho consuetudinario internacional por conducto de la práctica estatal y de la opinio iuris...».

Internacional de los Derechos Humanos, se entendía sin mayor discusión que la Declaración tenía un carácter, precisamente, declarativo, y que, por tanto, no generaba obligaciones concretas a los Estados. La Declaración tampoco establecía órgano ni sistema específico de protección de los derechos humanos ante eventuales violaciones. Por todo ello es que los órganos especializados de Naciones Unidas, una vez aprobada la Declaración, se dedicaron a la tarea de redacción de un instrumento de carácter convencional. Aunque la intención fue, en un principio la de dictar un único instrumento, el ya referido contexto político conspiró contra ello. Estados Unidos y sus aliados políticos tenían mayor interés en que se aprobara una convención sobre derechos civiles y políticos que sobre derechos económicos sociales y culturales. Y precisamente lo contrario puede afirmarse de la Unión Soviética y los Estados alineados con ella (Cançado Trindade, 2003: p. 60).

Así, tras casi veinte años de marchas y contramarchas, se aprobaron el 16 de diciembre de 1966 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP- y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC-. Estos pactos “mellizos” conforman, junto con la DUDH de 1948, lo que se ha dado en llamar la “Carta de Derechos Humanos”, pues se trata de la tríada fundamental de instrumentos de

---

*Juan Antonio Carrillo Salcedo, también analizando la cuestión atinente a la obligatoriedad de la Declaración Universal, ofrece una interesante visión, sobre el contenido de dicho instrumento, como parte de los principios generales del derecho.*

*¿Por qué es importante que la Declaración Universal de Derechos Humanos sea de cumplimiento jurídico obligatorio? La respuesta es sencilla, desde el punto de vista de la necesidad de la protección de las víctimas: los Estados que no han ratificado los tratados de derechos humanos, no se verían sometidos al respeto a ningún instrumento, y la protección de los individuos sometidos a su jurisdicción, quedaría fuera de cobertura internacional.*

*Es así que dentro de la Organización de las Naciones Unidas, se han desarrollado los llamados procedimientos extraconvencionales (conocidos como Procedimientos 1503 y 1235) que aplican como instrumento jurídico, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se llevan adelante ante la Subcomisión, y la Comisión de Derechos Humanos.*

*La Declaración Universal de Derechos Humanos ha devenido, entonces, de cumplimiento jurídico obligatorio para todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas; en primer lugar porque es aplicable por algunos órganos (como acabamos de mencionar); y finalmente porque se ha transformado en una norma consuetudinaria, o porque algunos de sus contenidos forman parte de los llamados principios generales del derecho, y por ende constituyen fuentes principales del Derecho Internacional, según el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” (Salvioli, 1997: p. 24).*

carácter general del Sistema Universal. Sin perjuicio de la existencia de instrumentos específicos –ya los analizaremos-, estos tres siguen siendo el catálogo general de los derechos que toda persona tiene por su sola condición de tal y cuya violación genera responsabilidad internacional a los Estados.

### **2.3. El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Historia e instrumentos.**

La protección internacional de los derechos humanos no fue patrimonio exclusivo de Naciones Unidas, sino que tuvo un desarrollo paralelo en los bloques regionales, como el africano o el europeo. En lo que al contexto latinoamericano refiere, el Sistema Interamericano de protección tuvo un derrotero semejante al Universal, aunque con características propias.

En el contexto de la Organización de Estados Americanos se aprobó, aún antes que la DUDH en ONU, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –DADDH-<sup>13</sup>. La DUDH y la DADDH tienen varias semejanzas. Al igual que la Declaración Universal, la Declaración Americana no contiene una definición de los derechos humanos, pero vincula a ellos de manera indisoluble los caracteres de universalidad, igualdad y no discriminación. La DADDH tampoco distingue entre categorías de derechos. Lo que es más, los derechos civiles, económicos, culturales, políticos y sociales aparecen enumerados en un saludable desorden que refuerza la idea de interdependencia e indivisibilidad. Como característica particular, la DADDH, además de derechos, consagra deberes a las personas<sup>14</sup>. Finalmente, la Declaración Americana también fue entendida –en un primer momento- como un instrumento de mero carácter declarativo. Ello, sumado a que, en virtud de este carácter, tampoco fijaba procedimientos ni organismos de control llevó –al igual que en Naciones Unidas- a la necesaria elaboración de un texto jurídico de carácter vinculante.

---

<sup>13</sup> La DADDH se adoptó en la IX Conferencia Interamericana, celebrada entre los días 30 de marzo y 2 de mayo de 1948.

<sup>14</sup> Enumerados en el Capítulo II de la convención, artículos XXIX a XXXVIII.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, fue adoptada el 22 de noviembre 1969. Se trata del primer tratado vinculante en materia de derechos humanos dentro de la OEA y constituye, junto con la Declaración Americana, el *standard* mínimo de protección de los derechos humanos en el continente. Con ella se introdujo en nuestro medio, además, un órgano de protección de naturaleza jurisdiccional: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Posee, como ya se dijera, un catálogo de derechos civiles y políticos, entre los que se encuentran la prohibición de esclavitud o servidumbre (art. 6), los derechos a la vida (art. 4), integridad personal (art. 5), libertad personal (art. 7), las garantías judiciales (art. 8), los principios de legalidad y de retroactividad (art. 9), el derecho a una indemnización por error judicial (art. 10), la protección de la honra y la dignidad (art. 11), la libertad de conciencia y de religión (art. 12), la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), el derecho de reunión (art. 15), la libertad de asociación (art. 16), la protección a la familia (art. 17), el derecho al nombre (art. 18), el derecho a la propiedad (art. 21), los derechos de circulación y residencia (art. 22), la igualdad ante la ley (art. 24) y la protección judicial (art. 25).

Aunque el Pacto de San José de Costa Rica tiene una indudable influencia de la Convención Europea, también cuenta con cláusulas no contempladas en aquella. Por ejemplo, las que consagran los derechos de rectificación o respuesta (art. 14), a la nacionalidad (art. 20) y al asilo (art. 22). Igualmente, se encuentran receptados los derechos del niño y de la niña (art. 19).

Cabe señalar que los derechos económicos, sociales y culturales no se encuentran expresamente enumerados pero sí han sido previstos en el artículo 26, que establece que

*“los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los*



*derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.*

#### **2.4. La desaparición del principio de *ultima ratio*.**

Hemos visto cómo los derechos humanos nacen de la mano del desarrollo de la comunidad internacional, en su faz universal –ONU- y regional –OEA- a partir del surgimiento de instrumentos de carácter general de naturaleza declarativa, en un primer momento, pero decididamente vinculante a partir de los años ‘60. Este es el paso de la “prehistoria” de las libertades públicas a la “historia” de los derechos humanos.

Paradójicamente, la consagración definitiva de los derechos humanos con vocación universal significó la desaparición, en el plano normativo, del principio de *ultima ratio*. En efecto, ninguno de los instrumentos de carácter general del Sistema Universal de protección a los que hemos aludido contiene una formulación clara del mismo -como sí tenía, por ejemplo, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ya hemos reseñado-. Ello es entendible respecto del PIDESC, que no lidia directamente con los problemas del castigo, el poder penal y la posible afectación a los derechos de las personas a partir de su ejercicio –tradicionalmente emparentado con los derechos civiles y políticos-, pero sí sorprende que no exista una referencia expresa en la DUDH o en el PIDCP, máxime cuando en otros aspectos de la cuestión penal y procesal penal, las formulaciones de los instrumentos precedentes han sido receptadas de forma casi idéntica.

Así, la DUDH tiene varias normas referidas al ejercicio del poder penal de los Estados: la presunción de inocencia, el derecho de defensa y las garantías

conexas a este son reconocidas en el art. 11, así como el principio de irretroactividad de la ley penal, pero ninguna advertencia en relación al empleo de la pena como último recurso o fórmula equivalente.

El PIDCP, por su parte, regula generosamente en materia de garantías y establece límites en torno al proceso penal en particular, en sus arts. 9 y 10-. Pero, si bien se consagra una forma del principio de legalidad al establecerse *que "nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley"*, lo cierto es que ese permiso legal para la privación de la libertad no se encuentra condicionado por criterio alguno de necesidad, utilidad o primacía de la respuesta no violenta.

En el mismo sentido van las disposiciones de los instrumentos del SIDH. El art. XXV de la DADDH establece el principio de legalidad de la pena y el derecho a un *"trato humano"* en la ejecución de la privación de la libertad. La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, regula minuciosamente el derecho a la libertad personal, establece las estrictas condiciones en las que la misma deviene legítima (art. 7) y profundiza como pocos instrumentos el desarrollo de las garantías judiciales (art. 8), pero ninguno de los dos instrumentos generales del sistema Interamericano de protección presenta una formulación clara del principio de *ultima ratio*.

En relación a esta cuestión, ha dicho Binder:

*"Si bien de una lectura integral de todos estos derechos se puede inferir el carácter restrictivo y excepcional del poder punitivo y que los textos están llenos de 'alertas' (garantías judiciales, reglas de protección en las investigaciones) sobre su uso, lo cierto es que no encontramos una fórmula clara. No deja de llamar la atención tal situación. Ciertamente la Declaración francesa tiene un recuerdo muy vívido de las prácticas del Antiguo Régimen y ello puede explicar la claridad de la fórmula, pero es cierto también que hasta llegar a la Declaración de los Derechos del Hombre existieron suficientes usos abusivos del poder penal como para que ese recuerdo estuviera también fresco. Creo, más bien, que se trata de una*

*cuestión de fórmulas. En la tradición jurídica anglosajona existe más confianza en el establecimiento de garantías judiciales concretas, antes que en el establecimiento de principios generales. Si observamos los pactos de derechos humanos, ellos son generosos y concretos a la hora de establecer dichas garantías; de hecho prácticamente se encuentra diseñado todo un sistema de justicia penal en ellos, que responde a los mismos principios que sostenía la Ilustración” (2014: p. 226).*

Según Binder entonces, la falta de una consagración normativa expresa del principio de *ultima ratio* obedece a que, en materia de derechos vinculados al ejercicio del poder penal, la tradición anglosajona se ha impuesto sobre la continental de modo tal que el diseño normativo de la protección de las personas en este ámbito se ha organizado en torno a disposiciones concretas antes que a principios generales.

La interpretación es válida, pero acaso puedan haber existido otras razones que surgen implícitas del articulado mismo de los instrumentos de protección.

El art. 10.3 del PIDCP establece que *“el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*. De manera semejante, se lee en el art. 5.6 CADH que *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*.

De las disposiciones reseñadas se desprende que los instrumentos de protección rechazan la idea de que la pena pueda ser entendida como retribución pura. Pareciera ser, por el contrario, que la filosofía del castigo que inspira las normas en cuestión tiene mucho que ver con la idea de “enmienda” de la escuela correccionalista y que recobró vigencia bajo la fórmula de la “resocialización” en las primeras décadas del siglo XX.

Aunque ello no está explicitado, desde luego, en los instrumentos de protección, la premisa detrás de la idea de enmienda es que quien delinque es un desviado que puede ser reformado, reeducado o resocializado. La privación de libertad no se piensa en términos de tiempo de castigo –entendido como la producción de sufrimiento o de dolor- sino como tiempo de “tratamiento” -teniendo siempre en miras que el detenido debe ser devuelto a la sociedad en mejores condiciones de las que ingresó al sistema de castigo-. Pero como ya advirtiera Carrara largo tiempo atrás, esta premisa, aunque loable, no contiene un claro criterio de moderación.

Desde esta perspectiva –que no estaba presente en la Declaración y las Constituciones francesas, inspiradas en el programa del penalismo ilustrado-, no resulta sorpresivo que el principio de *ultima ratio* haya desaparecido. Es que el paradigma resocializador no resulta, a primera vista, compatible con la idea de la aplicación de una pena sólo cuando es estricta y evidentemente necesaria. Antes bien, el seguimiento a ultranza de este principio, ya lo hemos dicho, nos lleva a considerar la necesidad de aplicar “tanta pena como sea necesaria” para lograr la resocialización.

Bajo este paraguas, por ejemplo, el desinterés de la víctima de un delito en la aplicación de castigo resulta irrelevante. Tal desinterés –que, conforme el principio de economía de la violencia de Binder, llevaría a descartar la aplicación de pena en el caso-, no debería tener incidencia alguna para quienes siguen el paradigma resocializador: si la comisión de un delito es tan solo el dato objetivo que evidencia la necesidad de tratamiento, y la función del castigo es la mejora del delincuente, poco puede importar a quien debe administrar ese tratamiento si la persona afectada por el delito lo estima conveniente o no.

Desde luego que los instrumentos de derechos humanos no suelen ser interpretados de manera tan radical, y que el paradigma resocializador se encuentra morigerado en ellos por otros principios como el de proporcionalidad. Lo que es más, el descreimiento generalizado que hoy en día tienen las denominadas ideologías “re” ha llevado a los doctrinarios a procurar hacer

nuevas interpretaciones en relación al actual significado de dichas normas, algunas de las cuales podrían compatibilizarse con ideas de estricta necesidad y primacía de la respuesta no violenta.

En nuestro caso, entendemos lógico interpretar la idea de “resocialización” en términos de derecho del propio condenado, que tiene, consecuentemente, la potestad de exigirle al Estado que durante el cumplimiento de su pena le brinde herramientas para su mejora personal –culturales, laborales, educativas, etc.-. Esta idea no es original: ya hemos visto cómo Carrara la desarrollaba en términos semejantes. Entendida como un derecho a obtener herramientas para su crecimiento personal, la idea de “resocialización” resulta valiosa y no debe ser desatendida como una importante función de la pena, pero no se erige por ello en fundamento del castigo.

Ahora bien, sin perjuicio de estas posibles interpretaciones integradoras que en la actualidad puedan ensayar, no es descabellado pensar que, al momento de ver la luz los instrumentos de carácter general de los Sistemas Universal e Interamericano enumerados, la confianza en el paradigma resocializador, que, en su versión más dura, resulta incompatible con el principio de *ultima ratio*, pueda haber motivado el abandono de algún tipo de fórmula general que lo consagre.

### **3. Reparaciones parciales del principio de *ultima ratio* en los instrumentos específicos de protección.**

#### **3.1. Los nuevos instrumentos de protección.**

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido diversas etapas. Tras la aparición de los pactos mellizos, se terminó de conformar en el ámbito del Sistema Universal la denominada Carta de Derechos Humanos, suerte de catálogo de carácter general en el que, ya lo vimos, no estaba consagrado de manera expresa el principio de *ultima ratio*, al menos con la

claridad que había sabido tener en los instrumentos referidos de los siglos XVIII y XIX.

Con posterioridad a la consagración de ese marco general, la tarea de elaboración normativa se fue fraccionando y adquiriendo paulatina especificidad. Surgen así instrumentos que lidian con problemas particulares en materia de derechos humanos –como la discriminación racial o la tortura- y otros referidos a sujetos que, por diversas circunstancias, merecen especial protección –como las personas con discapacidad o las personas migrantes-. En este mismo sentido, el Sistema de protección Universal ha prestado especial atención a los niños, niñas y adolescentes, por un lado, y a los pueblos indígenas y sus miembros por otro.

### **3.2. La protección de niñas, niños y adolescentes frente al poder penal.**

La Convención de Derechos del Niño (CDN) del año 1989 es el instrumento internacional de protección de derechos más ratificado de la historia, contando al día de hoy con ciento noventa y cinco Estados parte. Sus cincuenta y cuatro artículos regulan generosamente los derechos de niñas y niños, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Se releva también la posible incidencia de las diferencias étnicas y religiosas y de caracteres como el de refugiado o miembro de un pueblo indígena, destacando siempre que el principio de igualdad implica, precisamente, que el derecho a ser diferente no puede redundar en dificultades en el goce de los derechos humanos. El art 3.1 introduce un principio que es tan invocado como difícil de definir: el interés superior del niño.

La Convención se preocupa muy especialmente por los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, y, en lo que a nuestro trabajo interesa, refiere el art. 37.b CN que *“la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como **medida de último recurso** y durante el período más breve que proceda”*.

Esta es una formulación tan clara del principio de *ultima ratio* que no requiere demasiada explicación. En primer lugar, se refiere expresamente a las diversas formas de privación de la libertad –detención, encarcelamiento o prisión- como medida último recurso, dando por sentada la necesidad de que se prevean otras alternativas que deberán emplearse siempre de manera preferente. Al mismo tiempo, y aún en caso de que la pena privativa de libertad proceda, sólo podrá imponerse durante el tiempo más breve posible.

El art. 40 de la Convención también resulta de interés, pues regula los derechos del niño o niña acusado de un delito y eventualmente condenado.

En el inciso primero se establece el derecho del niño o niña a ser tratado dignamente, y se afirman, como valores importantes, el fortalecimiento del respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la búsqueda de su reintegración y de la asunción de una función social constructiva. En los incisos 2° y 3° se detallan las garantías judiciales con las que cuenta todo niño, niña o adolescente en conflicto con la ley penal.

Pero la disposición que, a los efectos de este trabajo, resulta de mayor relevancia es el inciso 4° del referido artículo 40, de estrecha vinculación con el art. 37.b. Por el mismo se establece que

*“se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.*

Tal como se ve, se trata de una abundante enumeración de medidas alternativas a la institucionalización, claro ejemplo de la primacía de la respuesta no violenta.

De este modo, el juego armónico entre los arts. 37.b y 40.4 CDN nos trae una regulación clara, amplia y enérgica del principio de *ultima ratio* en un instrumento convencional moderno.

Ya veremos más adelante que la regulación del principio de *ultima ratio* en relación a niños, niñas y adolescentes ha tenido eco en la labor de los órganos internacionales de protección.

### **3.3. Los pueblos indígenas y sus miembros frente al castigo violento.**

*3.3.a. Breve caracterización de los modos de resolución de conflictos de los pueblos indígenas.*

Previo al inicio del análisis normativo de los instrumentos de protección de los pueblos indígenas y sus miembros que contienen normas limitadoras del poder penal, se impone realizar una breve caracterización de los modos de resolución de conflictos de los pueblos indígenas, sin la cual la mera referencia normativa carecería de mayor sentido.

En primer lugar, debe quedar claro que cada pueblo tiene sus propias costumbres y características, y que toda generalización conlleva el riesgo de olvidar por momentos estas especificidades. Dejando ello a salvo, en lo que resulta útil a este trabajo, podemos afirmar que los muchos estudios antropológicos y sociológicos realizados en relación a los modos de resolución de conflictos en los pueblos indígenas, demuestran que, por regla general, se encuentra firmemente enraizada en estos la idea de que la sanción violenta en cualquiera de sus formas –y en particular, el encarcelamiento– es el camino menos deseable para incidir en la conflictividad y que existe un amplio catálogo de respuestas alternativas a las que puede acudir. En una palabra: aún cuando



nunca se lo haya llamado de ese modo, la experiencia demuestra que los pueblos indígenas aplican de manera constante el principio de *ultima ratio*.

De manera coincidente con lo hasta aquí expuesto, Gomiz y Salgado sostienen:

*“Para la comprensión del derecho indígena, es imprescindible destacar que la división existente en el derecho occidental entre derecho penal (público) y derecho civil (privado) no es fácilmente adaptable a las organizaciones sociales no estatales como las indígenas. La concepción penal occidental moderna se forma conjuntamente con el nacimiento de los estados, asumiendo que hay conductas antisociales que ofenden directamente a la autoridad pública de modo que ésta debe intervenir castigando a los autores, independientemente de la voluntad de las víctimas particulares. Por ello, las ideas penales clásicas resultan de difícil traducción a contextos sociales no estatales en donde la principal preocupación que guía al tratamiento de las conductas dañinas para la comunidad es el restablecimiento de la concordia, para lo cual normalmente se apela a la responsabilidad colectiva de la familia del autor, que se hace cargo de reparar o compensar el daño y garantizar que no se repetirá. Lo que en el sistema penal de Estado es la primera (y generalmente única) vía de aproximación al conflicto, la aplicación de una pena al infractor, entre los pueblos indígenas suele ser la última e indeseable decisión (muestra de un fracaso en restablecer la convivencia social voluntaria)” (2010: p. 159) -el resaltado nos pertenece-.*

Esta indistinción entre derecho público y privado genera que la respuesta ante la ofensa, o el conflicto –aún violento– tienda menos al disciplinamiento del agresor que a la reparación del agredido:

*“El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la agresión o el ‘delito’, si algo se ha dañado o afectado el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. (...) El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión”* (Regalado, 2012: p. 102).

Ello, desde luego, no quiere decir que no se manifieste de manera abierta la desaprobación de aquellas conductas dañinas de la vida comunitaria<sup>15</sup>, pero, a diferencia de la pena privativa de libertad que, por su propia naturaleza excluye al penado de la vida social durante el tiempo que dure la sanción impuesta, la sanción que eventualmente se imponga ante una conducta disvaliosa al miembro de una comunidad indígena no supone su apartamiento de la sociedad, sino, antes bien, su integración en la misma<sup>16</sup>. La solución al conflicto no disuelve los vínculos sociales, sino que busca reforzarlos.

Como consecuencia de ello, y como ya señaláramos, existe un amplio catálogo de respuestas ante la conducta dañina previstas en las diversas manifestaciones del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Así, señala Regalado que:

---

<sup>15</sup> “...todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una ‘lección’”. (Regalado, 2012: p. 102).

<sup>16</sup> “La diferencia entre el derecho indígena y el derecho positivo oficial estriba en el diferente tratamiento –por ejemplo, en el caso de una transgresión normativa– al infractor. Por lo general, en el primero no se aparta al infractor de la comunidad, por el contrario permanece en la misma cumpliendo el correctivo adecuado. En el segundo, el imputado es excluido de la sociedad, confinándolo a una institución total, donde se dificulta su posterior reinserción” (Ramírez, 1999: p. 67).

*“Dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena existen un sin número de sanciones como sistemas pueden existir. Sin embargo aunque con diversos nombres y significados, los tipos de sanciones son similares en los diversos países donde se aplican estos sistemas, así tenemos sanciones como:*

- *las multas,*
- *la devolución de los objetos robados,*
- *las indemnizaciones,*
- *ejercicios físicos,*
- *multas económicas,*
- *el pago de los daños a través del trabajo comunal,*
- *el baño con agua fría,*
- *el castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos,*
- *trabajos en las comunidades,*
- *pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad, considerado también como una de las sanciones más graves.”* (2012: p. 105).

A esta enumeración de sanciones *“tangibles”* -según las denomina que el propio autor- deben adicionarse otras de carácter *“simbólico”* como *“la exposición pública y la imposición pública de las sanciones”* (2012: p. 105).

Si bien, como se advierte de la propia enumeración, la respuesta violenta no está de plano excluida, la experiencia demuestra que

*“mientras el derecho estatal tiende a enfatizar las sanciones punitivas, las normas y prácticas locales consuetudinarias generalmente – aunque no necesariamente– intenta lograr medidas restitutivas o conciliatorias. Posiblemente esto sea algo de esperar en comunidades*

*pequeñas donde las partes en disputa tienen que seguir viviendo lado a lado después de la resolución de un conflicto, donde la capacidad práctica de algún tipo de coerción legal es limitada, y donde en términos culturales la coerción en general es frecuentemente percibida como algo negativo”* (Sieder,1999: p.98).

De este modo, la resolución de conflictos a través de la discusión de las partes, y de la mediación de terceros dentro de la comunidad adquieren carácter prioritario<sup>17</sup>.

En este mismo sentido, destaca Regalado que

*“un estudio socio jurídico que investigó en 2 países la justicia indígena, da cuenta que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio, se señala que **alrededor del 58.9% de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción**; mientras que un 18.7% de las actas analizadas la solución quedaba pendiente, **mientras que sólo se encuentra en un 22.1% una decisión comunal que incluye las sanciones.**”* (2012: p. 102) -el resaltado nos pertenece-.

Una última y muy importante consecuencia de esta preferencia por soluciones no violentas en los pueblos indígenas es el especial rol que cumple la víctima en el proceso de resolución del conflicto que la ha afectado. En efecto, como señala Sieder:

---

<sup>17</sup> “A nivel micro, a menudo se utiliza la discusión extensa para llegar a una solución mutuamente satisfactoria para las partes en conflicto. El proceso de mediación constituye en sí mismo un espacio correctivo mediado por las autoridades de la comunidad y con frecuencia es tan importante como el resultado final o juicio” (Sieder, 1999: p. 98).

*“la víctima, generalmente minimizada en los sistemas legales occidentales, juega un papel mucho más prominente en los procedimientos consuetudinarios. La gravedad de un delito y la sanción apropiada muchas veces se determina en base al impacto directo sobre la víctima y su familia. Por ejemplo, en casos donde los pleitos han desembocado en que una familia sea temporalmente privada de su proveedor principal, la sanción reformativa muchas veces es que el culpable trabaje la milpa de su víctima.” (1999: p. 99).*

En síntesis, la práctica habitual de las comunidades indígenas –con su interés predominante por el restablecimiento de la armonía al interior de la comunidad y la reparación del daño causado, con la clara preferencia por soluciones no violentas a los conflictos, y su genuina preocupación por la situación de la víctima del evento conflictivo– es la más clara muestra de aplicación práctica de los principios de *ultima ratio* –en particular, el de mínima intervención, economía de la violencia y respaldo– que los estudiosos del derecho penal occidental han definido desde hace largo tiempo de manera muy nítida pero cuya vigencia nunca se ha hecho realmente efectiva en sus propios sistemas judiciales.

### *3.3.b. Producción normativa en torno a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros.*

La protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en el ámbito internacional tuvo un curioso desarrollo. No se trató, como en el caso de otros sujetos especialmente protegidos, de una iniciativa nacida de la Asamblea General de Naciones Unidas, sino que los instrumentos de protección que fueron surgiendo en un primer momento lo hicieron desde el seno de la Organización Internacional del Trabajo. En el derrotero histórico de esta regulación de la situación de los pueblos indígenas se percibe, además, el claro

paso de una posición cuasi asimilacionista a la amplia aceptación de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico.

El Convenio nº 169 de la OIT del año 1989 es un instrumento internacional de carácter vinculante de amplia aceptación que regula los derechos colectivos de los pueblos indígenas –tanto los generales, reconocidos a todos los pueblos, como los especiales, que corresponden especialmente a los pueblos indígenas por su carácter de tales- y, asimismo, los derechos individuales de sus miembros –que también pueden distinguirse en generales y especiales-.

Este Convenio, junto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas -aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre del año 2007<sup>18</sup>- constituyen el basamento normativo de toda la protección internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus miembros.

En relación al tema que aquí nos convoca, existen diversas disposiciones de estos instrumentos de protección que pueden ser leídas sin mayor esfuerzo como cláusulas atinentes al principio de *ultima ratio*.

Los artículos 8 a 10 del Convenio 169 comprenden un conjunto de disposiciones relativas a la jurisdicción especial indígena y su compatibilización con el sistema de justicia “general” vigente en el territorio de los Estados y, en particular, a la justicia criminal, a la represión de conductas no deseadas y al empleo del encarcelamiento.

Por el art. 8.2 se reconoce que los pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, incluidas, como es obvio, las normas de derecho consuetudinario -a las cuales hace referencia también el art 8.1- y, muy especialmente, los procedimientos e instituciones a partir de las cuales los miembros de los pueblos indígenas resuelven sus disputas.

Como bien señalan Gomiz y Salgado, “*el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus instituciones y costumbres significa que sus relaciones internas se rigen por*

---

<sup>18</sup> Resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

*sus propias normas, incluso en aquellos ámbitos, como el derecho de familia, que la legislación civil regula con carácter de orden público*” (2010: p. 153). Esto quiere decir que no existe un límite cualitativo a los asuntos que quedan dentro o fuera del entendimiento de la comunidad lo que, como es obvio, descarta por incompatibilidad convencional, las disposiciones que establecen, por ejemplo, que la jurisdicción indígena debe entenderse como un análogo a la justicia de paz, abocada a cuestiones de vecindad y de menor cuantía, en tanto que la administración de justicia “estatal” debe absorber todo el resto de las disputas<sup>19</sup>.

Desde esta perspectiva, en la medida en que –como ya hemos señalado– existe una clara preferencia en los pueblos indígenas por la respuesta no violenta en la gestión de conflictos, la opción por los sistemas de justicia comunitaria que impone el art. 8 del Convenio 169 refuerzan la vigencia del principio de *ultima ratio*.

El artículo 9 del Convenio opera específicamente en el marco del derecho penal, y se establece, por el primer inciso, el respeto a los “*métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*”. La versión en español del Convenio 169 ha sido objeto de justificadas críticas por la poco feliz fórmula “*represión de delitos*” que poco tiene que ver, como ya desarrolláramos, con la experiencia de los pueblos indígenas en la gestión de conflictos –a los que la noción misma de delito, en los términos en los que ésta es entendida por los juristas occidentales, les resulta ajena–. Por ello se señala que el “*dealing with offences*” de la versión inglesa aparece como una formulación más apropiada (Gomiz y Salgado, 2010: p. 159).

---

<sup>19</sup> En palabras de Silvina Ramírez:

*“Este convenio reconoce los métodos propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos humanos. Asimismo, no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario (art. 8) a los casos civiles, sino que expresamente formula que ‘deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros’ (art. 9, inc. 1), con lo cual tampoco el convenio 169 establece un límite materia al derecho consuetudinario”.* (1999: p. 68).

Pero con independencia del modo en que se presenta la redacción, lo que queda claro de la lectura de este primer inciso es que *“se trata de una aplicación concreta del derecho a la libre determinación, que incluye el mantenimiento de las propias instituciones y modo de resolución de conflictos”* (Gomiz y Salgado, 2010: p. 158).

Por el inciso segundo del mismo artículo 9 se establece que *“las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”*. Es decir que, aún en aquellos asuntos de índole penal que –por alguna excepción justificada a lo dispuesto por el art. 8.2 del Convenio– hayan sido sustraídos del entendimiento de la jurisdicción indígena, los jueces “estatales” deben tener especialmente en cuenta el derecho consuetudinario y los modos de gestión de los conflictos presentes al interior de la comunidad indígena de que se trate.

Finalmente, el artículo 10 del convenio 169 establece que al momento de imponerse sanciones penales deben tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de los pueblos indígenas (inciso 1°) y –en lo que parece una de las más contundentes formulaciones del principio de *ultima ratio* al día de hoy vigentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– dispone que *“deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”* (inc. 2).

Esta es, a las claras, una manifestación normativa expresa de la primacía de los medios no violentos o, lo que es lo mismo, del principio de *ultima ratio* en sentido estricto –conforme la clasificación propuesta por Binder–.

Según señalan Gomiz y Salgado,

*“el Manual de la O.I.T. indica que: ‘El encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión. (...) Lo antedicho subraya la necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales*



*encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito’.*

*La norma se deriva del principio de no discriminación. Dado que las penas fueron concebidas en el contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad, su aplicación a los pueblos indígenas suele importar un sufrimiento mayor, violatorio de la igualdad ante la ley, porque al hecho de la sanción se agrega el mayor padecimiento ocasionado por el desarraigo cultural” (2010, p. 165).*

Este carácter doblemente aflictivo que tendría la pena de cárcel es lo que justifica, en el caso de los miembros de pueblos indígenas al menos, la preferencia dada a otro tipo de sanciones.

Los artículos 8, 9 y 10 del Convenio de la OIT hasta aquí desarrollados deben hoy interpretarse a la luz de las disposiciones de la UNDRIP que refuerzan y profundizan la tendencia en relación a la autonomía y primacía de los modos de gestión de conflictos vigentes al interior de las comunidades, a la vez que privilegian la aplicación de la respuesta no violenta como solución de dichos conflictos.

Así, establece el artículo 5 de la declaración que *“los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales”* -el destacado nos pertenece--

El artículo 33.2 dispone que los pueblos indígenas *“tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”*.

El artículo 34, por su parte, reconoce que *“los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus (...) costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”*.

Y, finalmente, el art. 35 establece que *“los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”*.

Aún cuando la UNDRIP no presenta una fórmula tan clara como el art. 10.2 del convenio 169, la preferencia de los arts. 5 y 33 a 35 por la vigencia de los sistemas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas que –ya hemos visto– tienden a privilegiar la respuesta no violenta, refuerza el principio de *ultima ratio*.

### **3.4. Recepción en el derecho interno.**

Para finalizar el recorrido normativo, no es ocioso señalar que existen numerosos ejemplos de recepción del principio de *ultima ratio* en leyes internas. En lo que refiere a nuestro país, las más recientes reformas procesales han incluido en su articulado alguna formulación del referido principio.

Así por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén del año 2012 establece en su artículo 17 que “*los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso*”. Este principio general tiene su correlato en una regulación generosa de los denominados criterios de oportunidad –que permiten al Ministerio Público Fiscal disponer de la acción cuando el empleo del poder penal se muestre manifiestamente inidóneo para la resolución del conflicto–. Normas de similar tenor pueden encontrarse en el reciente Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro del año 2015 (art. 14), y en el actual Código Procesal Penal de la Nación (arts. 16 y 22).

Se trata, reiteramos, de normas de derecho interno. Pero el hecho de que las más recientes reformas procesales hayan visto la necesidad de incorporar el principio de *ultima ratio*, nos impone redoblar esfuerzos en la indagación de un fundamento normativo superior de carácter general.

## **4. Conclusiones del capítulo: ¿mínima intervención sólo para miembros de pueblos indígenas, niñas, niños y adolescentes?**

En el presente capítulo hemos acompañado al principio de *ultima ratio* en su historia normativa: su aparición en Declaraciones y Constituciones anteriores al nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su ausencia en los instrumentos de protección de carácter general tanto universales como interamericanos y su reaparición fragmentaria en instrumentos específicos de protección.

Estas manifestaciones parciales podrían explicarse a partir de las especiales condiciones de los sujetos protegidos. Podría sostenerse, en este sentido, que los niños deben ser tratados como sujetos en formación y por lo tanto, emplearse respecto de ellos las medidas menos nocivas que permitan reforzar en ellos su vocación de respeto a los derechos humanos y de constituirse en sujetos constructivos de la sociedad –en palabras del art 40 CDN-. Respecto de los miembros de pueblos indígenas, atento a que en su medio la aplicación del castigo violento no es frecuente y que la institución de la prisión les resulta, en muchos casos, extraña, la imposición de este tipo de sanción resultaría doblemente aflictiva y, por lo tanto, discriminatoria.

Llegados a este punto, entonces, surge la pregunta en relación a este reconocimiento parcial del principio de *ultima ratio*: si el mismo sólo ha sido establecido de manera expresa en favor de niños, niñas, adolescentes y miembros de pueblos indígenas, y ello puede explicarse en las especiales circunstancias antes detalladas ¿debe deducirse que no existe un principio de *ultima ratio* susceptible de ser invocado con carácter general en favor de todas las personas? De este válido interrogante procuraremos dar cuenta en los próximos dos capítulos.

## IV. Elaboraciones de los órganos de protección en torno al principio de *ultima ratio*.

### 1. Introducción.

Hasta ahora hemos visto cómo es que, pese a que la larga tradición del derecho penal liberal occidental ha desarrollado conceptualmente de manera bastante extensa el denominado principio de *ultima ratio*, ese desarrollo no ha tenido un correlato normativo en los instrumentos de protección internacional de derechos humanos: el principio en cuestión no se encuentra referido de manera expresa en ninguno de los instrumentos de carácter general del Sistema Universal ni del Interamericano, y apenas tiene manifestaciones más o menos claras en instrumentos de protección relativos a sujetos especialmente protegidos, como la CDN y el Convenio 169 de la OIT.

Esa pobreza normativa nos llevaría a presumir que los organismos de protección internacional no hacen referencia ni aplicación del principio de *ultima ratio*. Pero, contra esa razonable presunción, la realidad es otra: tanto en la resolución de casos individuales, como en observaciones o informes de carácter general, los órganos de tratados han hecho referencia al principio de *ultima ratio*, sea bajo esa denominación u otra equivalente.

En lo que sigue se analizarán algunos desarrollos relativos a este principio realizados tanto en el Sistema Interamericano como en el Universal por los organismos de protección en el marco de su labor.

## **2. Sistema Interamericano.**

### **2.1. Jurisprudencia de la Corte IDH.**

*2.1.a. La saga de la libertad de expresión: la OC-5/85, "Herrera Ulloa", "Canese" y "Kimel".*

La Corte Interamericana acaso sea el órgano de protección que con mayor claridad se ha referido al principio de *ultima ratio*. No sólo ha aludido al mismo con esa exacta denominación, sino que además lo ha conceptualizado de manera conteste con los desarrollos doctrinarios que hemos reseñado en el capítulo 2.

En este sentido, los mejores y más extensos desarrollos se han realizado en el marco de su competencia contenciosa. Y, dentro de estos, han adquirido especial relevancia los casos relativos a alegadas violaciones a la libertad de expresión, a partir de la aplicación de normas penales que sancionan las calumnias, el desacato o conductas semejantes.

Los motivos por los cuales los desarrollos del principio de *ultima ratio* se han visto relacionados con este derecho en particular en la tarea de la Corte están abiertos a interpretación. Es posible, como señala Felgueras, que se trate de un ámbito de alto potencial conflictivo, en la medida en que se produce una constante tensión entre los derechos a la honra y a la intimidad de personalidades públicas y el derecho a la libertad de expresión y a la información en general<sup>20</sup>. Este alto índice de conflictividad no está determinado tanto por la

---

<sup>20</sup> "La difusión de información relevante para la comunidad y la formulación de críticas al gobierno u otras instituciones de relevancia pública y a las personas que bajo una u otra forma se vinculan con los asuntos de interés general, encuentra su límite y regulación legal en las normas que regulan la difamación y las que protegen el derecho a la

extensión del conflicto ni por su intensidad, sino por los intereses imbricados en él: el poder político, el de los medios de comunicación, y la opinión pública. Es posible también que sea uno de los ámbitos en los que la potencial restricción de derechos que supone la mera amenaza de pena resulte más evidente y, por ello, más claramente desproporcionada.

Pero, con independencia del motivo, lo cierto es que la defensa de la libertad de expresión ha sido, sin dudas, lo que ha inspirado a la Corte Interamericana sus más agudos desarrollos en torno a los límites del poder penal y la interpretación restrictiva en relación a su ejercicio legítimo, desde una perspectiva de derechos humanos.

Ya tempranamente, la Corte IDH había elaborado su Opinión Consultiva n° 5 que tenía como tema de consulta la colegiación obligatoria de periodistas, pero excedía cualitativa y cuantitativamente dicha premisa. En palabras de Bertoni,

*“en la OC-5 se había hecho un monumental trabajo de interpretación del artículo 13 que, algunos podrían sostener, era innecesario para responder a la cuestión concreta que había planteado el Estado de Costa Rica. Por muchos años la OC-5 se mantuvo como un excelente ‘manual’ de estudio para todos aquellos que querían investigar sobre los contenidos del derecho a la libertad de expresión en el ámbito del sistema interamericano”* (2007: p. 903).

En esta Opinión Consultiva la Corte analizó, entre muchos otros temas, el de las responsabilidades ulteriores en el ejercicio del derecho de libertad de expresión y, dentro de ellas, las sanciones penales que podían aplicarse a

---

*intimidad. La difusión diaria de miles de datos, opiniones e informaciones sobre personas públicas y privadas genera una potencialidad de conflicto que ninguna otra área del derecho a la libertad de expresión iguala”* (Felgueras, 2007: p.937).

periodistas por sus publicaciones respecto de figuras públicas. En este sentido, afirmó la Corte que:

*“la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer **un interés público imperativo**. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo **debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido**. Dado este estándar, **no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno**; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13” (OC-5/85: par. 46) –el destacado nos pertenece–.*

Tal como se ve, la Corte consagra aquí un criterio de necesidad como estándar para establecer la legitimidad o ilegitimidad de la sanción penal. Este principio de necesidad, como hemos visto, se identifica conceptualmente con el principio de *ultima ratio*. En función de él, la mera “utilidad” de la sanción penal no es suficiente para justificarla, en la medida en que la misma supone una severa restricción de derechos –en este caso, de la libertad de expresión–. Esa necesidad, finalmente, se mide bajo una vara muy restrictiva: la satisfacción de un interés público imperativo. Aunque el objeto de análisis aquí se limita a la incidencia del poder penal en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, las claves para el análisis de la legitimidad de dicho poder bien pueden extenderse a otros ámbitos.

La Corte ha tenido oportunidad de resolver, en el marco de su competencia contenciosa, varios casos que reflejan estas tensiones entre libertad de expresión, honra y poder penal.

El primero de los fallos que es dable referir es "Herrera Ulloa". El caso traído a entendimiento de la Corte versaba, en lo que aquí interesa, sobre el procedimiento y la posterior sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa como consecuencia de la publicación de diversos artículos referidos a Félix Przedborski, representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica, que habían sido considerados difamatorios.

La Corte entendió que en el caso se encontraba violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión –art. 13 en relación al 1.1. de la CADH– atento a que la restricción al ejercicio de dicho derecho sufrida por Herrera Ulloa había excedido el marco de razonable restricción contenido en dicho artículo.

Para arribar a tal conclusión, la Corte IDH refirió expresamente el criterio de necesidad consagrado en la OC-5/85 (par. 121), en el entendimiento de que dicho estándar no se cumplía en el caso, motivo por el cual la sanción penal devenía ilegítima.

Es interesante destacar que el por entonces presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, emitió un voto concurrente pero separado, en el cual, sin contradecir la opinión mayoritaria, sí se refirió de manera mucho más enérgica a los alcances de este principio de necesidad. Así, dijo García Ramírez:

*"...en general --y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso--, prevalece la corriente favorable al denominado Derecho penal "mínimo", es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado --la sociedad, mejor todavía--, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente --muy gravemente-- contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes.*



*En un “ambiente político autoritario” se recurre con frecuencia al expediente punitivo: éste no constituye el último recurso, sino uno de los primeros, conforme a la tendencia a “gobernar con el Código penal en la mano”, una proclividad que se instala tanto sobre el autoritarismo, confeso o encubierto, como sobre la ignorancia, que no encuentra mejor modo de atender la legítima demanda social de seguridad.*

*Lo contrario sucede en un “ambiente democrático”: la tipificación penal de las conductas y la aplicación de penas constituyen el último recurso, una vez agotados los restantes o demostrado que son ineficientes para sancionar las más graves lesiones a los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Es entonces, y sólo entonces, cuando se acepta el empleo del remedio penal: porque es indispensable e inevitable.*

*E incluso en esta circunstancia, la tipificación debe ser cuidadosa y rigurosa, y la punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente, y elegida entre diversas opciones útiles que están a la mano del legislador y del juzgador, en sus respectivos momentos. Por supuesto, se debe distinguir entre la “verdadera necesidad” de utilizar el sistema penal, que debe tener un claro sustento objetivo, y la “falsa necesidad” de hacerlo, apenas como consecuencia de la ineficacia de la autoridad, que se pretende “corregir” con el desbocamiento del aparato represivo” (Voto concurrente del Juez García Ramírez: pars. 15 y 16).*

Tal como se ve, García Ramírez ensaya una vinculación entre el principio de *ultima ratio* –nutrido de las ideas de último recurso y del estándar de necesidad antes referido-, el derecho penal mínimo y la democracia, cuestiones que -aunque de manera indirecta, por pertenecer a un voto concurrente- informan la interpretación del contenido de derechos referido en el fallo.

El segundo caso que merece referirse es el fallo “Canese”, en el que la jurisprudencia sentada en “Herrera Ulloa” -y, en particular, el estándar de necesidad basado en un interés social imperativo- se consolidó. Así, dijo la Corte en esta oportunidad:

*“El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público” (par. 106).*

En tercer lugar, y como consagración definitiva del principio de *ultima ratio* en la jurisprudencia de la Corte IDH, debemos referirnos al fallo “Kimel”. Se trataba también de un caso de condena penal por el delito de calumnias a un periodista por las expresiones vertidas en una investigación.

Con asiento en la jurisprudencia ya consolidada de “Herrera Ulloa” y “Canese”, la Corte avanzó considerablemente en relación a lo que hasta ese momento había referido respecto de los límites que deben imponerse al poder penal en un Estado democrático. Las opiniones antes plasmadas en voto separado por el Juez García Ramírez se dejan leer aquí en el voto mayoritario. Y,

aunque ello parezca anecdótico, es el primer precedente en el que la Corte expresamente se refiere al principio de *ultima ratio* bajo esa precisa denominación. Así, dijo la Corte IDH en “Kimel”:

*“El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal dependerá de las consideraciones que abajo se mencionan.*

*La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.*

*Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”* (pars. 75 a 78) –una vez más, el destacado nos pertenece–.

“Kimel” es, pues, la más acabada síntesis de lo que la Corte ha entendido por principio de mínima intervención. El valor del estándar de la Corte IDH no surge sólo del refuerzo constante de la idea de necesidad, sino de su vinculación directa y siempre presente con la democracia.

Es cierto, como ya hemos advertido, que la saga jurisprudencial referida se refiere a casos de libertad de expresión, pero, las consideraciones en relación al ejercicio del poder penal son realizadas en “Kimel” con claro carácter general por lo que no resulta descabellado entender que los estándares consagrados tengan vocación expansiva, y de allí su indiscutible relevancia.

#### *2.1.b. Otros precedentes.*

Con independencia de lo hasta aquí expuesto, la Corte también se ha referido al principio de *ultima ratio* en casos que no tenían que ver con el derecho a la libertad de expresión.

En este sentido, es importante mencionar el relevante precedente “Mendoza c. Argentina”, en el que la Corte IDH tuvo oportunidad de analizar la posible violación de derechos humanos que supone la aplicación de penas perpetuas a las personas por delitos cometidos siendo niños –en los términos del art. 1º de la Convención sobre los derechos del Niño (CDN), esto es, antes de los dieciocho años de edad-.

El fallo en cuestión cuenta con varias aristas de interés, pero en lo que importa a nuestro tema, resulta que el principio de *ultima ratio* es introducido al analizar la posible calificación de la pena perpetua aplicada a niños, niñas y adolescentes como encarcelamiento arbitrario.

A los fines de mensurar esta arbitrariedad, la Corte afirma, como ya lo ha hecho en otras oportunidades, que una pena, aún formalmente impuesta, puede devenir arbitraria si resulta incompatible con los principios básicos aplicables a la materia que, en el caso particular de la responsabilidad penal de niñas, niños y adolescentes, serían, esencialmente, tres:

- el de delimitación temporal;
- el de revisión periódica de las medidas privativas de libertad y
- el de *ultima ratio* –que supone la aplicación de pena como último recurso, por el tiempo más breve posible, y privilegiando siempre la implementación de medidas alternativas– (par. 162).

Lo hasta aquí expuesto se extrae del ejercicio hermenéutico que la Corte realizó al aplicar los arts. 7.3 y 19 de la CADH a la luz de los contenidos de la CDN –en particular, de sus arts. 25 y 37.b-.

De este modo, la pena perpetua, que por su propia naturaleza, no se aplica “*por el menor tiempo posible*” –ni tan siquiera por un plazo de tiempo determinado-, no reviste carácter excepcional y no habilita la revisión periódica. Por ello es que, a la luz del principio rector del “interés superior del niño”, el encarcelamiento en virtud de una sanción de estas características deviene arbitrario y se erige por ello en una clara violación al art. 7.3 de la CADH (par. 163).

Ya hemos visto que los niños, niñas y adolescentes son sujetos especialmente protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, respecto de ellos, sí existe en la CDN una formulación expresa del principio de *ultima ratio*. No obstante ello, el fallo reseñado tiene una relevancia que no se ciñe de manera exclusiva a la situación de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, pues deja entrever una idea de amplia potencialidad expansiva: que todo encarcelamiento impuesto en violación al principio de *ultima ratio* puede ser considerado como arbitrario, y por ende, ilegítimo.

## **2.2. Algunos aportes de la Comisión Interamericana.**

### *2.2.a. En torno a la libertad de expresión.*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha preocupado desde antiguo por las posibles afectaciones al derecho de libertad de

expresión que pudieran surgir de la criminalización de determinadas conductas. En el desarrollo de estas cuestiones, ha establecido lineamientos del legítimo empleo del poder penal que, aún sin decirlo expresamente, se emparentan con una idea restrictiva del mismo compatible con el principio de *ultima ratio*.

Ya en su Informe Anual del año 1994, la Comisión Interamericana dedicó un capítulo completo al análisis de las leyes de desacato vigentes en la región y a desarrollar los fundamentos en virtud de los cuales éstas resultaban incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>21</sup>.

Las leyes de desacato –definidas por la CIDH como “*una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales*” (Informe 94, cap. V. ap. II)- suponen, a criterio de la Comisión, una ilegítima restricción de derechos -en este caso, de la libertad de expresión consagrada en el art. 13 CADH-. Es que, para que la restricción sea legítima, debe satisfacer, a criterio de la CIDH, un riguroso estándar de necesidad.

En este sentido, se refiere en el informe en cuestión, de manera conteste con los desarrollos de la Corte IDH, que

*“el término ‘necesario’, en el contexto del artículo 13(2) debe considerarse como algo más que ‘útil’, ‘razonable’, o ‘conveniente’. Para que una limitación sea ‘necesaria’, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión(...) La necesidad comporta la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’”(Informe 94, cap. V. ap. IV.C)*

La CIDH vincula la libertad de expresión con la existencia misma de las sociedades democráticas. De este modo, una restricción de derechos, que se

---

<sup>21</sup> Nos referimos al capítulo V del mencionado informe del año 1994.

presume legítima sólo cuando tiene en miras únicamente la preservación de dicha sociedad, genera en el caso el efecto inverso, es decir, deteriorar el ejercicio de un derecho que, en palabras de la CIDH, es “*piedra angular*” de la sociedad democrática<sup>22</sup>.

Así, concluye la CIDH en el capítulo V –apartado V- del referido informe anual que

*“los artículos 13(2) y (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”.*

Anotaremos aquí que la CIDH ha consagrado, una vez más, el principio de estricta necesidad en relación a las restricciones de derechos. Y, entendiendo que el empleo de poder penal es la más grave de estas restricciones, ha exigido a su respecto un estándar calificado de valoración de legitimidad.

---

<sup>22</sup> Así se expresa en el ap. III del referido cap. V del informe '94.

### 2.2.b. *El principio de ultima ratio en la justicia juvenil.*

La Comisión Interamericana ha dedicado amplia atención a las tensiones que, en materia de derechos humanos, genera la denominada justicia juvenil – nombre con el que ha denominado a los distintos sistemas de justicia penal organizados por los Estados americanos para el procesamiento y eventual condena de personas de menos de dieciocho años-.

La CIDH no sólo ha tratado numerosos casos individuales –muchos de los cuales generaron, posteriormente, que llevara adelante los correspondientes procesos ante la Corte IDH- sino que el 13 de julio de 2011 publicó el informe titulado “Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas”, en el que analiza con profundidad el tema.

En lo que al principio de *ultima ratio* refiere, la Comisión vincula en el referido informe diversas fuentes normativas pues, aún cuando tanto la DADDH en su art. VII como la CADH en el art. 19 reconocen los derechos especiales de niños y niñas por su condición de tales, no existe en el Sistema Interamericano un desarrollo normativo expreso en relación a cuál es el alcance de tales derechos. Por ello es que, a fin de dotar de contenido y vigencia específicos a las normas en cuestión, la CIDH interpreta y aplica estas disposiciones regionales a la luz de los instrumentos del Sistema Universal, en particular, de la CDN<sup>23</sup>.

En el informe sobre justicia juvenil, la Comisión alude al denominado “principio de excepcionalidad”, que no es otra cosa que el principio de *ultima ratio*, y que se desprende del art. 37.b CDN, conjugado con los ya referidos 19 CADH y VII DADDH.

En virtud de dicho principio, no sólo el encarcelamiento sino la aplicación misma del sistema de justicia juvenil debe revestir carácter excepcional, por lo que resulta *“necesario limitar el uso del sistema de justicia juvenil respecto a niñas,*

---

<sup>23</sup> Esta lectura no es, en modo alguno arbitraria por cuanto cabe recordar que la CDN es el instrumento de protección internacional más ratificado en el mundo –incluidos, claro está, los Estados de la OEA-.



*niños y adolescentes, disminuyendo en la mayor medida posible la intervención punitiva del Estado, sobre todo la privación de la libertad” (pars. 75/76).*

Consecuencia de ello, concluye la Comisión,

*“el sistema de justicia juvenil, y en particular la detención de niños, son medidas que deben utilizarse como último recurso y únicamente de manera excepcional por el período más breve posible. Los Estados deben adoptar las medidas a su alcance para reducir al mínimo el contacto de los niños con el sistema de justicia juvenil, regulando proporcionalmente los plazos de prescripción de la acción, así como para limitar el uso de la privación de libertad, sea preventiva o como sanción, al infringir las leyes penales” (par. 80).*

Este principio tiene, para la CIDH, consecuencias prácticas concretas. Así, la circunstancia de que todo el sistema de responsabilidad penal juvenil tenga carácter excepcional y de último recurso implica, a su vez, que la privación de la libertad –cautelar o como sanción- debe estar imbuida de esta misma excepcionalidad. Por ello, afirma la Comisión que

*“en la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño, es preciso considerar que la privación de libertad constituye la última ratio, y por ello es necesario dar preferencia a medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado” (par. 342).*

y que *“el respeto del principio de excepcionalidad de la privación de libertad exige la priorización y la disponibilidad de las sanciones no privativas de libertad” (par. 344).*

Finalmente, y como modelo de respuesta al conflicto penal distinto del encarcelamiento, la Comisión destaca el valor de las denominadas “medidas alternativas”. Con fundamento normativo en el art. 40.3.b. de la CDN –que dispone que, siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales, sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales–, una vez más, a la luz de las obligaciones de protección impuestas por los arts. 19 CADH y VII DADDH-, la Comisión afirma que “los Estados deben limitar el uso del sistema de justicia juvenil y ofrecer alternativas a la judicialización” (pars. 221/222).

En este sentido, la Comisión no descarta la aplicación de principios de oportunidad, alentando incluso la “*desestimación del caso*” -en la medida en que la misma no sea el resultado de una selectividad discriminatoria- (pars. 230/232) y valora positivamente los medios alternativos de resolución de controversias, en particular, aquellos que implican procesos de justicia restitutiva (par. 236).

### **3. Sistema Universal.**

#### **3.1. La tarea del Comité de Derechos Humanos.**

*3.1.a. La libertad personal en la consideración del Comité. La observación General n° 35.*

A diferencia de los órganos del Sistema Interamericano de protección, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no ha hecho elaboraciones expresas en relación al principio de *ultima ratio* como límite al poder penal. Si bien siempre ha demostrado preocupación por el empleo del encierro como castigo, y ha procurado establecer algunos criterios de restricción, el encarcelamiento ha sido entendido, en general, como una legítima potestad de los Estados.

La última Observación General emitida hasta la fecha por el Comité -la n° 35, del 16 de diciembre de 2014- se refiere, precisamente, a los derechos a la libertad y seguridad personales consagrados en el art. 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho a la libertad, reconoce el Comité, no es absoluto y su privación puede estar justificada: el más claro ejemplo de ello es, precisamente, el de la legislación penal (par. 10). Pero, conforme afirma el Comité, existen restricciones a la libertad personal que aún siendo "legales" -en el sentido formal del término- pueden igualmente tacharse de arbitrarias, y por tanto, contrarias al Pacto (par. 12). No obstante ello, *"el Pacto no enumera las razones admisibles para privar de libertad a una persona"*, lo que, implícitamente, concede un amplio margen de discrecionalidad a los Estados (par. 14). Conforme el Pacto, las únicas limitaciones expresas a la privación de la libertad con fundamento penal es la prohibición de la cárcel por deudas, y el principio de legalidad de las penas (par. 14).

Curiosamente, la propia observación n° 35 utiliza en reiteradas ocasiones formulaciones semejantes al principio de *ultima ratio*, pero para referirse a supuestos de privación de libertad *distintos* del de la aplicación de la pena de prisión como sanción por la comisión de delitos.

El Comité alude, por ejemplo, a la *"reclusión (a veces denominada detención administrativa o internamiento) por motivos de seguridad y no con miras a un procesamiento por la imputación de un delito"*. Este tipo de privaciones de la libertad tienen, para el Comité, una fuerte presunción de arbitrariedad, quedando en cabeza del Estado la carga de demostrar la excepcionalidad de las circunstancias, la absoluta necesidad de su empleo, e imponiéndole la obligación de que no dure más allá de lo indispensable. Con contundencia, afirma el Comité que *"en general, cuando existan otras medidas efectivas para hacer frente a ese riesgo, incluido el sistema de justicia penal, dicha reclusión equivale a una privación de libertad arbitraria"* (par. 15).

La O.G. n° 35 también ha prestado especial atención a la privación de la libertad como respuesta o tratamiento ante una discapacidad o un problema de salud mental. A tales efectos, expresa el Comité que

*“la existencia de una discapacidad no justificará por sí sola la privación de libertad, sino que toda privación de libertad deberá ser **necesaria** y proporcional, con el propósito de impedir que el interesado se haga daño o cause lesiones a terceros. Deberá aplicarse **solo como medida de último recurso y por el período de tiempo apropiado más breve posible**; y deberá ir acompañada de garantías procesales y sustantivas adecuadas establecidas por ley” (par. 19) —el destacado nos pertenece—.*

También el principio de *ultima ratio* ha sido referido en la Observación en análisis como límite al empleo de la privación de libertad en tanto medida accesoria a una pena de prisión o, en los términos en los que lo ha referido el Comité, *“los casos en que una condena penal incluya un período punitivo seguido de otro período no punitivo cuyo propósito sea proteger la seguridad de otras personas”*. A este respecto, ha referido el Comité que esta *“reclusión adicional deberá justificarse con motivos convincentes en razón de la gravedad de los delitos cometidos y la probabilidad de que el recluso cometa delitos similares en el futuro”* y que *“los Estados deberán utilizar esa reclusión únicamente como último recurso”* (par. 21).

Finalmente, el Comité se ha referido a la privación de libertad de niños y niñas en conflicto con la ley penal, afirmando que, a la luz de la CDN, en este caso sí impera el principio de *ultima ratio*:

*“Un niño puede ser privado de su libertad solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Además de los otros requisitos aplicables a cada categoría de la privación de*

*libertad, el interés superior del niño deberá ser una consideración fundamental en relación con toda decisión de iniciar o mantener la privación de libertad.” (par. 62)*

Estas expresas referencias al principio de subsidiariedad, que únicamente vincula el Comité con especiales circunstancias de privación de libertad de carácter no penal o bien con sujetos especialmente protegidos, podrían llevarnos a concluir que, a criterio del referido organismo de protección, la privación de la libertad como sanción por la comisión de delitos no está atada, respecto de la generalidad de las personas, a este límite.

*3.1.b. Otras elaboraciones del Comité: ¿incipiente reconocimiento del principio de ultima ratio con carácter general?*

De lo hasta aquí expuesto parece surgir que la consideración del Comité de Derechos Humanos en relación al empleo del castigo violento sería algo más laxa que la de los organismos interamericanos o que, de mínima, no entiende que éste deba estar constreñido por las ideas de subsidiariedad o economía que, hemos visto, son propias del principio de *ultima ratio*.

Pero, contra esta idea general que se desprende de la Observación General nº 35 antes reseñada, en oportunidad de realizar las evaluaciones periódicas a los Estados parte en el pacto, el Comité ha mirado con especial atención la legislación penal de los ratificantes, formulando en oportunidades observaciones que podrían estar emparentadas con el principio de mínima intervención, aún sin referirlo expresamente.

En primer término, podemos afirmar que hay determinadas situaciones en las que, aún cuando pueden tener un nivel alto de conflictividad y en muchos Estados son objeto de criminalización, el Comité entiende inadmisibles el empleo de castigo violento, por considerar que, en esas especiales circunstancias, resulta

incompatible con las obligaciones asumidas por los Estados al momento de ratificar el Pacto.

Entre los casos más extendidos está, en primer término, la criminalización absoluta del aborto. El Comité no se ha pronunciado, hasta la fecha, en favor de una despenalización generalizada del aborto, pero sí ha afirmado en reiteradas oportunidades que, en determinadas circunstancias, la criminalización es inadmisibles.

Así, el Comité ha recomendado en reiteradas oportunidades la despenalización del aborto, al menos, en los supuestos de embarazo por violación o incesto, cuando la vida de la mujer embarazada esté en peligro a causa del embarazo o exista riesgo grave o peligro para su salud, y en casos de feto inviable debido a anomalía<sup>24</sup>.

A la vez, el Comité de Derechos Humanos se ha expresado en sentido semejante a los órganos de protección interamericanos, en los casos en los que la legislación penal colisiona con el derecho de libertad de expresión. Así el Comité ha expresado en su Observación General n° 34 que los Estados Partes deberían *“despenalizar la difamación”* o las figuras penales equivalentes, y ha afirmado que, *“en todo caso, la normativa penal sólo debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión nunca es adecuada”* (par. 47). En este mismo sentido se ha expresado al momento de evaluar los informes periódicos de los Estados en numerosas ocasiones, sugiriendo la derogación de las figuras penales referidas y encomendando la economía de su aplicación en caso de permanecer vigentes<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes observaciones finales sobre informes periódicos e iniciales del Comité de Derechos Humanos: de Argentina del 3 de noviembre de 2000, par. 14; de Colombia del 26 de mayo de 2005, par. 13; de Chile del 30 de marzo de 1999, par. 15 y del 22 de julio de 2014, par. 15; de El Salvador del 22 de agosto de 2003, par. 14; de Guatemala del 27 de agosto de 2001, par. 19; de Venezuela, del 26 de abril de 2001, par. 19; de Paraguay del 26 de marzo de 2013, par. 13; de Angola, del 27 de marzo de 2013, par. 13; de Djibouti del 29 de octubre de 2013, par. 9; de Irlanda, del 23 de julio de 2014, par. 9; de Malawi del 22 y 23 de julio de 2014, par. 9; del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte del 21 de julio de 2015, par. 17; de República Dominicana del 27 de marzo de 2012, par. 15.

<sup>25</sup> Pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes observaciones finales sobre informes periódicos e iniciales del Comité de Derechos Humanos: de México, del 27 de julio de 1999, par. 14; de Turquía

Finalmente, el Comité también ha considerado inadmisibles aquellas normas penales que sancionan las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo y, en general, toda norma que criminalice a las personas en virtud de su orientación sexual o identidad de género<sup>26</sup>.

La inadmisibilidad del castigo violento en estos casos nos da indicios de una visión restrictiva en torno al ejercicio del poder penal. Reiteramos que se trata de casos de alta conflictividad social. La criminalización de abortos y de conductas que expresen identidades de género y orientaciones sexuales que diverjan de la heteronorma encuentra basamento en preconceptos y prejuicios culturales -muchas veces de origen religioso- profundamente arraigados. Se trata de conductas que en sociedades conservadoras generan fuerte rechazo y resistencia. A la par, los casos receptados en procesos penales por difamación, comúnmente encuentran a funcionarios o dirigentes políticos enfrentados al poder de los medios de comunicación.

Pese a que nadie, entonces, podría calificar de intrascendentes o inocuos los conflictos que suscitan al interior de estas sociedades los temas referidos, lo cierto es que el Comité entiende que el castigo violento, en estos supuestos, no es un modo lícito de gestión de la conflictividad y que los Estados deberán, en su caso, lidiar con ella mediante el empleo de otros medios. Razonamiento implícito,

---

del 30 de octubre de 2012, par. 24; de Filipinas, del 30 de octubre de 2012; par. 21; de Perú, del 27 de marzo de 2013, par. 22; de Paraguay, del 26 de marzo de 2013, par. 25; de Macao (China) del 27 de marzo de 2013, par. 15; sobre Tayikistan, del 23 de julio de 2013, par. 22; de República Checa, del 24 de julio de 2013, par. 21; de Djibouti, del 29 de octubre de 2013, par. 12; de Mozambique, del 30 de octubre de 2013, par. 21; de Burundí del 27 de octubre de 2014, par. 20; de Mónaco, del 31 de marzo de 2015, par. 10.

<sup>26</sup> Pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes observaciones finales sobre informes periódicos e iniciales del Comité de Derechos Humanos: de Chile, del 20 de marzo de 1999, par. 20 y del 22 de julio de 2014, par. 14 ; de Kenya, del 25 de julio de 2012, par. 8; de Filipinas, del 30 de octubre de 2012, par. 10; de Belice, del 15 de marzo de 2013, par. 13; de Mauritania, del 30 de octubre de 2013, par. 8; de Malawi del 2 de noviembre de 2011, par. 7 y del 22 y 23 de julio de 2014, par. 10; de Sri Lanka, del 27 de octubre de 2014, par. 8, de Burundi, del 27 de octubre de 2014; par. 8; de Sierra Leona, del 25 de marzo de 2014, par. 11; de Yemen del 27 y 28 de marzo de 2012, par. 13; de Maldivas del 25 de julio de 2012; par. 8.

pero conteste con los desarrollos que hasta ahora hemos reseñado en torno al principio de *ultima ratio*.

Además de estos tres grandes ámbitos a los que en reiteradas oportunidades se ha referido el Comité, existen otros casos particulares en los cuales se ha permitido evaluar la política criminal de los Estados.

Así por ejemplo, resulta interesante referir que en las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Georgia del 3 de julio de 2014, el Comité criticó fuertemente la criminalización del consumo de sustancias estupefacientes y la “política de tolerancia cero” respecto de este delito. El Comité, con marcada contundencia, recomendó la reforma de dicha política criminal y encomendó al Estado lidiar con la problemática del consumo de estupefacientes - cuya complejidad y trascendencia no discutió-, a través de medios no violentos. En concreto, el Comité afirmó que el Estado debía procurar

*“integrar a la lucha contra el consumo de sustancias estupefacientes un enfoque de derechos humanos que se centre en proporcionar a los consumidores de este tipo de sustancias unos servicios de atención de la salud y de apoyo psicológico y unos programas de rehabilitación adecuados, por ejemplo tratamientos de la drogadependencia como la terapia de sustitución de opiáceos o programas de reducción de daños” (par. 15).*

En otras palabras, el Comité de Derechos Humanos refirió que el Estado debía optar por gestionar la problemática social reseñada desde su política de salud y no desde la criminal.

En similar sentido, en sus observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de los Estados Unidos de América, del 26 de marzo de 2014, el Comité le reprochó al Estado la “criminalización de las personas que viven en las calles por actividades cotidianas como comer, dormir, sentarse en determinadas zonas, etc.”. Y



recomendó la derogación de *“las leyes y políticas que criminalizan a las personas sin hogar a nivel estatal y local”* y la *“cooperación entre ( ...) profesionales de la salud, el orden público y la justicia de todos los niveles, a fin de intensificar los esfuerzos con miras a encontrar soluciones para las personas sin hogar, de conformidad con las normas de derechos humanos”* (par. 19). Una vez más, el Comité de Derechos Humanos expresa que una política de gestión de conflictos compatible con las normas de derechos humanos debe preferir siempre encontrar soluciones no violentas.

También es necesario destacar que en reiteradas oportunidades, el Comité le ha reprochado a los Estados el uso excesivo del encarcelamiento como pena. Consecuentemente, ha exigido una ampliación del empleo de penas alternativas o sustitutivas de la prisión, sugiriendo, entre otras, la vigilancia por medios electrónicos, la libertad condicional, los servicios o trabajos en beneficio de la comunidad, la remisión condicional de la pena o sentencias condicionales y la mediación<sup>27</sup>.

Así, ha encomendado expresamente a los Estados para el correcto cumplimiento de lo requerido, tener en cuenta las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, resolución n° 45/110 de la Asamblea General) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes observaciones finales sobre informes periódicos e iniciales del Comité de Derechos Humanos: de Kenya, del 25 de julio de 2012, par. 16; de Turquía, del 30 de octubre de 2012, par. 18; de Bosnia y Herzegovina del 31 de octubre de 2012; par. 11; de Paraguay del 26 de marzo de 2013, par. 21; de Mozambique del 30 de octubre de 2013, par. 14; de Uruguay, del 30 de octubre de 2013; par. 9; de Bolivia, del 29 de octubre de 2013; par. 20; de Malawi, del 2 de noviembre de 2011, par. 13 y del 22 y 23 de julio de 2014, par. 15; de Sri Lanka del 27 de octubre de 2014, par. 18; de Haití del 27 de octubre de 2014, par. 15; de Nepal del 26 de marzo de 2014, par. 12; de Sierra Leona, del 25 de marzo de 2014; de República Dominicana del 27 de marzo de 2012, par. 21; de Armenia de 16 y 17 de julio de 2012, par. 20; de Lituania de 24 de julio de 2012, par. 12; de Maldivas del 25 de julio de 2012, par. 19.

<sup>28</sup> Pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes observaciones finales sobre informes periódicos e iniciales del Comité de Derechos Humanos: de Malawi, del 22 y 23 de julio de 2014, par. 15; de Haití del 27 de octubre de 2014, par. 15; de Uruguay, del 30 de octubre de 2013, par. 9; de Sierra Leona, del 25 de marzo de 2014; par. 20.

### 3.2. Producción de otros órganos de protección.

Hasta ahora hemos reseñado la tarea de los órganos de protección de más relevancia en relación al tema que nos ocupa. Ha quedado claro el considerable desarrollo que el principio de *ultima ratio* ha tenido en el Sistema Interamericano de parte de los dos órganos de protección que lo conforman -CIDH y Corte IDH-. Además hemos visto que, aún sin decirlo expresamente, algunas elaboraciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en torno al poder penal y su legítimo ejercicio parecen compatibles con los desarrollos conceptuales que hemos descrito en relación al principio de mínima intervención.

Resta entonces referir, de manera sucinta, algunas elaboraciones de otros organismos que pueden servir para pensar el principio de *ultima ratio* y su vinculación con los derechos humanos.

#### 3.2.a. El Comité de Derechos del Niño.

En primer término, nos referiremos al Comité de Derechos del Niño, intérprete último de la Convención de Derechos del Niño y órgano de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados parte en ella.

En el desarrollo de su tarea, el Comité de Derechos del niño ha elaborado una Observación General de interés para nuestro tema. Se trata de la Observación General n° 10 del año 2007, titulada "Los derechos del niño en la justicia de menores". De manera semejante al ya reseñado informe de la CIDH sobre "Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas", la O.G. n° 10 del CDN analiza la situación de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, y, en los que aquí nos interesa, las condiciones de legitimidad del castigo violento respecto de ellos y ellas.

En primer lugar, el Comité advierte sobre determinadas situaciones de inadmisibles criminalización de niñas, niños y adolescentes. Así, destaca que

*“es muy corriente que los códigos penales contengan disposiciones en los que se tipifique como delito determinados problemas de comportamiento de los niños, por ejemplo el vagabundeo, el absentismo escolar, las escapadas del hogar y otros actos que a menudo son consecuencia de problemas psicológicos o socioeconómicos. Es motivo de especial preocupación que las niñas y los niños de la calle frecuentemente sean víctimas de esta forma de criminalización. Esos actos, también conocidos como delitos en razón de la condición, no se consideran tales si son cometidos por adultos. El Comité recomienda la abrogación por los Estados Partes de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley” (par. 8).*

No se pone aquí en cuestión la compleja conflictiva que subyace, por ejemplo, en la situación de los niños de la calle. No obstante ello, con contundencia se afirma que la criminalización por la condición, y el consecuente ejercicio de poder penal, no es un modo admisible de lidiar con esa conflictividad.

En reiteradas oportunidades se refiere a la formulación expresa del principio de *ultima ratio* consagrada en el art. 37.b CDN, según la cual la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (pars. 11, 23, 79 y 80).

Como consecuencia directa de ello, el Comité entiende

*“necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*

*cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”* (par. 23).

En otras palabras, el Comité postula, al igual que lo ha hecho la Comisión Interamericana, la directa vinculación entre el principio de *ultima ratio* y la aplicación de medidas alternativas al encierro carcelario.

### *3.2.b. Los aportes de la Asamblea General.*

La Asamblea General de Naciones Unidas no es, propiamente, un organismo de protección de los derechos humanos, pero en el ejercicio de sus funciones frecuentemente alude a la materia, y las resoluciones adoptadas por ésta son tomadas en cuenta por los órganos de protección. Así, aún cuando en gran parte su producción no tiene carácter vinculante para los Estados parte de la organización -se trata de instrumentos que integran la categoría denominada “*soft law*”, lo cierto es que, de manera indirecta -a partir, por ejemplo de la interpretación y aplicación de órganos de protección como el Comité de Derechos Humanos-, adquieren en oportunidades exigibilidad, en la medida en que, se entiende, informan el contenido de instrumentos que sí gozan de este carácter obligatorio.

Hemos referido ya cómo es que, al momento de analizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derecho a la libertad personal, conforme el art. 9 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha encomendado enfáticamente a los Estados el empleo de penas alternativas a la de prisión, instándolos a cumplir con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. Estas reglas mínimas, también conocidas como Reglas de Tokyo, fueron adoptadas por resolución n° 45/110 de

la Asamblea General y tienen gran relevancia para la acabada comprensión del principio de *ultima ratio* en perspectiva de derechos humanos.

Ya desde el preámbulo mismo, la Asamblea General afirma que *"la restricción de la libertad sólo se justifica en aras de la seguridad pública y de la prevención del delito, la justa retribución y la disuasión y de que el objetivo primordial del sistema de justicia penal es la reintegración del delincuente en la sociedad"*.

A la vez, se establece como uno de los *"objetivos fundamentales"* del documento *"reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente"* (art. 1.5).

En el art. 2.6 tenemos una referencia expresa al principio que aquí nos ocupa, al establecerse que *"las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención"*.

A la vez, se consagra una indisoluble vinculación entre las medidas no privativas de la libertad, el principio de mínima intervención, y la reducción del poder penal, propia de una concepción minimalista: *"la utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido"* (art. 2.7).

El artículo 8 contiene un catálogo de posibles sanciones no privativas de libertad a imponerse en el momento mismo de la sentencia:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculadas por días;
- e) Incautación o confiscación;

- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) alguna combinación de las sanciones precedentes.

Y, aún después de la sentencia, se prevé la posibilidad de aplicar medidas sustitutivas *“a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social”*, entre las que se encuentran:

- a) Permisos y centros de transición;
- b) Liberación con fines laborales o educativos;
- c) Distintas formas de libertad condicional;
- d) La remisión;
- e) El indulto. (art. 9.2)

Desde luego, la enumeración no es taxativa, pero expresa una amplia gama de propuestas a las que acudir.

A la vez, y como concreta aplicación del principio de *ultima ratio*, las Reglas disponen que *“el fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad”* (art. 14,3) y que *“en caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas”* (art. 14.4.).

Es interesante señalar, finalmente, que las Reglas de Tokyo tienen un largo desarrollo de los modos de participación de la sociedad en la ejecución de

estas medidas no privativas de libertad (arts. 17 a 19) y, a la vez, un capítulo completo relativo a “investigación, planificación, formulación y evaluación de políticas”<sup>29</sup>.

#### **4. Conclusiones del capítulo.**

Como ya hemos señalado al principio de este capítulo, a la escasa elaboración normativa en torno al principio de *ultima ratio* de los modernos instrumentos de protección de los derechos humanos debería corresponderle, razonablemente, la falta de referencia y aplicación del referido principio por parte de los órganos de protección, pero la reseña de la producción de dichos órganos que hemos realizado en las páginas precedentes demuestra que ello dista mucho de ser cierto.

El principio de *ultima ratio* se ha colado por donde ha podido en la jurisprudencia de los órganos de protección. Ya hemos visto cómo en el desarrollo de los casos contenciosos de la Corte IDH el mismo se ha visto vinculado casi exclusivamente a supuestos de afectación de la libertad de expresión a través de normas penales. Desarrollos semejantes también aparecen en la tarea de la CIDH y del propio Comité de Derechos Humanos.

Pero las consideraciones de los órganos de protección –en particular, de la Corte y de la Comisión– no tienen por qué ser entendidas como limitadas a este campo específico y, antes bien, exhiben una decidida vocación expansiva. La Corte IDH–“Kimel” es el mejor ejemplo de ello– tiene muy claro cómo debe emplearse el poder penal en una sociedad democrática para que este empleo sea concordante con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos. No ha titubeado en calificarlo de minimalista y en invocar con todas sus letras el principio de *ultima ratio*. Sería, por ello, un absurdo lógico considerar que esa

---

<sup>29</sup> Se trata del capítulo VIII, que contiene los artículos 20 a 23.

conceptualización sólo aplica a la restricción del derecho a la libertad de expresión y que respecto de los demás ámbitos de incidencia, el poder penal puede expresarse con toda violencia sin límite alguno.

El Comité de DDHH, y los órganos de Naciones Unidas en general, son menos claros en este sentido. Pero aunque nunca lo hayan formulado de manera expresa, el principio de *ultima ratio* aparece como telón de fondo en muchas de sus decisiones. En la consideración del Comité, el poder penal no siempre es una herramienta legítima para lidiar con los problemas sociales de la que el Estado puede echar mano cuando le plazca. Ante ciertas circunstancias –abortos practicados en casos de violación o riesgo para la salud de la madre, normas penales restrictivas de la libertad de expresión, lucha contra las adicciones, la problemática de los *homeless* o de los niños de la calle- la criminalización repugna a las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos y se impone el empleo de medios no violentos.

Una de las más claras formulaciones del principio de *ultima ratio* –y, fundamentalmente, de sus concretas consecuencias prácticas- lo encontramos en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad –reglas de Tokyo-. Ya hemos señalado el carácter “blando” de estas reglas, en la medida en que no implican de manera directa compromiso alguno para los Estados. Pero cuando el Comité de Derechos Humanos las invoca, instando a los Estados a respetarlas, implícitamente afirma que las mismas informan el derecho internacional de los derechos humanos o, al menos, el contenido mínimo que debe entenderse comprendido dentro del PIDCP. De este modo, y aún sin decirlo expresamente, el Comité de Derechos Humanos está afirmando la obligatoriedad del principio de *ultima ratio*.

Podemos concluir entonces que, aunque las referencias no abundan y su desarrollo es fragmentario, éstas existen y son, las más de las veces, muy claras. De ellas, por consiguiente, puede inferirse que el principio de *ultima ratio* no es extraño a la protección de los derechos humanos y, antes bien, que los



organismos encargados de dicha protección lo entienden comprendido dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si esto es así, resta dilucidar ahora, cuál es el fundamento normativo implícito en estas referencias.

## **V. En busca del fundamento normativo del principio de *ultima ratio*.**

### **1. La "tolerabilidad" de la pena de prisión.**

El poder penal, ya lo hemos dicho, es un dato de la realidad cuya presencia a lo largo de la historia resulta innegable. Esto es lo que Binder denomina facticidad del poder penal (2011), circunstancia que nos lleva a hacernos cargo de que esta forma de violencia social organizada existe, está imbricada en nuestra vida y en el modo en que se despliega el poder al interior de nuestras sociedades.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos lidia constantemente con el poder penal, pues en el devenir de su ejercicio se cometen muchas veces graves violaciones a los derechos de las personas. De este modo, tanto a partir de las disposiciones concretas de las declaraciones y convenciones como de la interpretación y aplicación que de ellas hacen los órganos de protección, se ha ido delineando un verdadero carácter normativo del poder penal.

Baste por ahora señalar que, con independencia de las muy acertadas reservas que pueden formularse –y, de hecho, se han formulado– a la prisión

como modo de gestión de conflictos, la misma aparece, a la luz del estado actual de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como “tolerable”, en contraste con otras formas de castigo que han sido consideradas inadmisibles y, por tanto, generadoras de responsabilidad internacional. Es que, existiendo un catálogo de prácticas decidida y razonablemente condenadas por el orden jurídico internacional –como son, a mero título ejemplificativo, la tortura<sup>30</sup>, los trabajos forzados<sup>31</sup>, la pena de muerte<sup>32</sup>-, la pena privativa de libertad no participa de este carácter y, antes que prohibida, está regulada –y, hasta podríamos decir, justificada- por instrumentos de carácter convencional<sup>33</sup>.

En lo que sigue procuraremos, en primer término, ofrecer una caracterización normativa de la pena de prisión, a partir de los instrumentos de protección internacionales vigentes y de las elaboraciones de los órganos de protección.

Luego y en función de dicha caracterización, analizaremos cuáles son los límites que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone al castigo violento y, finalmente, si podemos hablar de una consagración normativa del principio de *ultima ratio*.

## **2. Hacia un concepto normativo de pena.**

---

<sup>30</sup> La prohibición de tortura tiene hoy carácter de norma *ius cogens*. Ver, por ejemplo, el voto concurrente del Juez Cançado Trindade en el fallo “Maritza Urrutia c. Guatemala” de la Corte IDH, párs. 6 y 8.

<sup>31</sup> Art. 3.8.a. PIDCP, entre otros instrumentos.

<sup>32</sup> Así, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989.

<sup>33</sup> Ya nos hemos referido con anterioridad, por ejemplo, al art. 10.3 PIDCP en relación a la finalidad del “tratamiento” penitenciario.

## 2.1. De los suplicios al predominio de la prisión.

De las múltiples respuestas que en carácter de sanción las organizaciones políticas han sabido proferir a los individuos a lo largo de la historia –muerte, mutilación, azotes, tacha de infamia, inhabilitación, expulsión, multa, trabajos forzados, entre muchas otras– al día de hoy la que decididamente predomina es la pena privativa de libertad, esto es, la imposición de encierro en recintos carcelarios por un período de tiempo –determinado o no-. Pero este predominio tiene una historia relativamente corta.

Hemos visto ya que, hasta bien entrado el siglo XVIII, el poder penal tenía como herramienta predilecta a los suplicios. Se trataba, en esencia, de procedimientos fuertemente reglados que tenían lugar de cara al público –para edificación de la sociedad toda-, que producían un gran sufrimiento para el condenado, y que tenían una fuerte nota de infamia. Las mutilaciones, tormentos y marcajes que sufrían los condenados dejaban cicatrices indelebles en el cuerpo que los acompañaban a lo largo de sus vidas. En palabras de Foucault: *“el suplicio penal no cubre cualquier castigo corporal: es una producción diferenciada de sufrimientos, un ritual organizado para la marcación de las víctimas y la manifestación del poder que castiga...”* (1976: p. 40).

Contra ese castigo cruel, encarnizado con el cuerpo del penado, productor de intensos sufrimientos, es que reaccionan los teóricos del penalismo ilustrado. Y con aparente éxito, pues, *“a fines del siglo XVIII, y en los comienzos del siglo XIX, a pesar de algunos grandes resplandores, la sombría fiesta punitiva está extinguiéndose”* (Foucault, 1976: p. 16). Los suplicios irán paulatinamente desapareciendo, para ser reemplazados, casi por completo, por una única forma de castigo: la prisión.

Curiosamente, la fenomenal popularidad de la prisión como medio predilecto de castigo de los Estados occidentales es algo que ni los propios penalistas ilustrados pudieron prever. De la lectura de la obra del marqués de Beccaria (2010), por ejemplo, se desprende que el autor milanés se inclinaba por una amplia paleta de sanciones específicas y ajustadas a la naturaleza del delito cometido –multa, expropiación, infamia, inhabilitación, destierro y,

excepcionalmente, la muerte-. Los motivos de esta expansión generalizada -y, por cierto, veloz- de la prisión son complejos y no hay respecto de ello una única lectura<sup>34</sup>. Pero con independencia de las razones que así lo impusieron, lo que resulta innegable es que, para principios del siglo XIX la prisión "*ocupa, entre la muerte y las multas, bajo un cierto número de formas, casi todo el campo de los castigos posibles*" (Foucault, 1976: p. 119).

En los últimos doscientos años la situación no ha variado sustancialmente: con la excepción de algunos institutos alternativos y de la previsión para contados casos de las penas de inhabilitación y multa, la prisión es, en cualquier código penal occidental, la única respuesta para los delitos.

En síntesis, podemos afirmar que hoy el poder penal se ejerce de manera predominante -y casi exclusiva- a través de la prisión.

## **2.2. La prisión como restricción de derechos.**

Para analizar correctamente el fundamento normativo de los límites al poder penal, al menos en su configuración actual, debemos establecer un concepto normativo de la pena de prisión. En este sentido, postularemos, en primer término, que la pena de prisión es una restricción de derechos.

En efecto, la pena de prisión puede adoptar muy distintas configuraciones, aún dentro de un mismo Estado. Pero por sobre la diversidad de modalidades de ejecución, por sobre las características propias de cada establecimiento, por sobre los modos de empleo del tiempo que dura la pena, el carácter común e ineludible de la pena de prisión es que ella implica, antes que nada, la privación no consentida de la libertad de movimiento del condenado.

Esto lo ha reconocido el propio Comité de Derechos Humanos en la ya referida Observación General n° 35, que, en lo que aquí importa, establece que:

---

<sup>34</sup> Una de las más conocidas indagaciones respecto del nacimiento y perpetuación de la prisión es la propuesta por Foucault en el ya clásico *Vigilar y castigar* (1976) pero, desde luego, no es la única.

a. *"la libertad personal se refiere a la **ausencia de confinamiento físico**" (par. 3).*

b. *"la privación de libertad implica una **restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación** a que se hace referencia en el artículo 12. Entre los ejemplos de privación de libertad se cuentan la detención en dependencias de la policía, el "arraigo", la reclusión preventiva, la **prisión tras una condena**, el arresto domiciliario..." (par. 5).*

c. *"la privación de la libertad personal se hace **sin el libre consentimiento**. No son objeto de privación de libertad las personas que acuden voluntariamente a una comisaría para participar en una investigación y que saben que pueden irse en cualquier momento" (par. 6) –el destacado nos pertenece–.*

Tal como se ve, en la propia consideración del Comité de Derechos Humanos se puede reconstruir el concepto de la pena de prisión como *una estricta restricción de movimientos en un espacio limitado que afecta la libertad personal (entendida, precisamente, como ausencia de confinamiento físico) y que se produce sin el libre consentimiento de la persona cuya libertad se restringe.*

En el mismo sentido, se establece en la primera disposición –denominada "disposición general"– de la Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –"Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas"– que *"se entiende por 'privación de libertad': 'Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona (...), en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria'".* La libertad ambulatoria, obvio es decirlo, es uno de los derechos reconocidos a toda persona por su carácter de tal, de modo que la pena que impide disponer de ella es una restricción al goce y ejercicio de ese derecho.

Pero además de la restricción propia de la libertad física, la pena de prisión suele acarrear la restricción complementaria de varios otros derechos reconocidos convencionalmente. A mero título de ejemplo señalaremos que el Código Penal Argentino dispone que la imposición de prisión mayor a tres años trae –entre otras consecuencias-, la pérdida de la patria potestad, la administración de los bienes y del derecho a disponer de ellos por actos entre vivos, quedando a tales efectos el penado sometido a las mismas normas que rigen la curatela de los incapaces en el Código Civil<sup>35</sup>.

La pena de prisión es, pues, una forma de restricción de derechos.

### **2.3. El carácter violento de la pena de prisión.**

Con todo, la pena de prisión ha sido considerada como un cambio favorable en relación a los suplicios. La mera restricción de la libertad ambulatoria, aunque sin duda nociva, es considerada como un castigo “más humano” que los tormentos a los que eran sometidos los condenados de los siglos XVII y XVIII. Se trata, sin duda, de una pena física, en el sentido de que recae directamente sobre el cuerpo, pero el cuerpo, nos dice Foucault,

*“se encuentra aquí en situación de instrumento o intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho o un bien (...) El castigo ha pasado de ser un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos” (1976: p. 18).*

La pena de prisión tendría en este sentido, una sensible disminución del nivel de sufrimiento del condenado respecto de los suplicios y sería por ello, un

---

<sup>35</sup> Art. 12 del Código Penal Argentino.

castigo a la medida del discurso reductor y cauteloso del penalismo ilustrado: “*en el peor de los asesinos, una cosa al menos es de respetar cuando se castiga: su humanidad*” (Foucault, 1976: p. 78).

Ahora bien, aún en condiciones ideales, la pena de prisión reserva igualmente un contenido suplicante:

*“Sin duda, la pena ha dejado de estar centrada en el suplicio como técnica de sufrimiento: ha tomado como objeto principal la pérdida de un bien o de un derecho. Pero un castigo como los trabajos forzados o incluso como la prisión –mera privación de libertad-, no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda (...)*

*Mantiénese, pues, un fondo ‘suplicante’ en los mecanismos modernos de la justicia criminal...”* (Foucault, 1976: p. 23).

Así se hace visible, a nuestro criterio, la segunda nota característica de la pena de prisión: su violencia. ¿Es la pena de prisión menos dolorosa que los suplicios? Normalmente sí ¿Es menos cruel? En principio, al menos, la respuesta a esta pregunta también es afirmativa. Pero no por ello deja de ser violenta.

El concepto de violencia es uno especialmente complejo, y sobre el cual no existe acuerdo en el campo de las ciencias sociales. Es que bajo dicho paraguas conceptual pretenden englobarse fenómenos muy distintos.

Elsa Blair Trujillo ha estudiado las diversas conceptualizaciones de la violencia elaboradas por teóricos de las ciencias sociales con la intención de construir “*un concepto más satisfactorio*” (2009: p. 10). La autora colombiana -que desde la introducción misma de su artículo “*Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición*” admite lo infructuoso de esta tentativa de conceptualización abarcadora- explica que



*“desde las aproximaciones a la violencia asociada a la política y al poder, trabajada por politólogos y polemólogos, a la violencia como “mito” del origen, trabajada por antropólogos en las fuentes de la antropología política, pasando por corrientes psicológicas sobre las teorías de la agresión y por la criminología e incluso por teorías psicoanalíticas, y hasta por la agresión animal, los autores no llegaban a dar una definición precisa o a ponerse de acuerdo sobre el concepto. Quizá porque –como lo señaló Jacques Sémelin– no existe una teoría capaz de explicar todas las formas de violencia. Ella tiene numerosas caras, fruto de procesos distintos”* (Blair Trujillo, 2009: p. 10).

Lo propio de las distintas definiciones de la violencia que se han ensayados, entonces, es que las mismas parecen funcionar en un marco limitado de análisis y pierden paulatinamente su sentido a medida que se alejan del objeto de estudio para el cual han sido establecidas.

Ello resulta ser así también en materia de derechos humanos, ámbito en el cual existen algunas conceptualizaciones valiosas, pero referidas a sujetos especialmente protegidos. Veamos:

a. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belem do Pará-, define a la violencia como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”* (art. 1). Esta violencia, dice el preámbulo de la Convención, es *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”*.

b. La Observación General n° 13 del Comité de Derechos del Niño, aprobada el 18 de abril de 2011, por su parte, establece que

*“entiende por violencia ‘toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual’ según se define en el artículo 19, párrafo 1, de la Convención. El término violencia utilizado en esta observación abarca todas las formas de daño a los niños enumeradas en el artículo 19, párrafo 1, de conformidad con la terminología del estudio de la ‘violencia’ contra los niños realizado en 2006 por las Naciones Unidas, aunque los otros términos utilizados para describir tipos de daño (lesiones, abuso, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación) son igualmente válidos”. Y aclara que aunque “en el lenguaje corriente se suele entender por violencia únicamente el daño físico y/o el daño intencional (...) la elección del término “violencia” en la presente observación general no debe verse en modo alguno como un intento de minimizar los efectos de las formas no físicas y/o no intencionales de daño (como el descuido y los malos tratos psicológicos, entre otras), ni la necesidad de hacerles frente” (par. 4).*

Así, el Comité de Derechos del Niño entiende comprendida dentro del concepto de violencia contra niños, niñas y adolescentes *“toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”* (par. 11).

De las definiciones de violencia que emergen, entonces, de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos surge que lo propio de la violencia es la *generación de daño, de sufrimiento o, en general, de cualquier forma de perjuicio que pueda incidir en la integridad psicofísica de las personas*, lo que no acota demasiado el marco conceptual.

Buceando en su origen etimológico, encontramos que el vocablo “violencia” proviene de la conjunción de las voces latinas *vis* (fuerza) y *latus* (participio pasado del verbo *ferus*: llevar o transportar): “en su sentido etimológico significa, pues, llevar la fuerza a algo o alguien” (Blair Trujillo, 2009: p. 20).

Según la Real Academia Española, por otra parte, la violencia se define, en nuestro idioma como la “cualidad de violento” o bien la “acción y efecto de violentar o violentarse”<sup>36</sup>. A la vez, la voz “violento”, en una de sus posibles acepciones, se define como aquello “que implica el uso de la fuerza, física o moral”<sup>37</sup>. El verbo “violentar”, finalmente, supone “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”<sup>38</sup>. Esta aproximación al concepto de violencia, vinculada a su empleo en el lenguaje común, nos trae dos elementos relevantes: el primero, el empleo de la fuerza -sea física o moral-; la segunda, el carácter instrumental de este empleo -“para vencer su resistencia”-.

Desde las ciencias sociales, varios autores se han dedicado al estudio del tema. Una de las más citadas resulta ser Hannah Arendt, quien ha dedicado un libro entero al estudio de la violencia política<sup>39</sup>. En él intenta deslindar conceptualmente el término “violencia” de otros semejantes o frecuentemente usados de manera indistinta.

Así, en la terminología arendtiana, el poder “corresponde a la capacidad humana, no simplemente para actuar, sino para actuar concertadamente” y por ello “nunca es propiedad de un individuo; pertenece a un grupo y sigue existiendo mientras que el grupo se mantenga unido” (Arendt, 2006: p. 60). Se refiere la autora, pues, al poder político.

La potencia, por otro lado, sí

---

<sup>36</sup> <http://dle.rae.es/?id=brdBvt6>

<sup>37</sup> <http://dle.rae.es/?id=brjKWH1>

<sup>38</sup> <http://dle.rae.es/?id=brhWhJl>

<sup>39</sup> Se trata del famoso libro *Sobre la violencia* (Arendt, 2006).

*“designa inequívocamente a algo en una entidad singular, individual; es la propiedad inherente a un objeto o persona y pertenece a su carácter, que puede demostrarse a sí mismo en relación con otras cosas o con otras personas, pero es esencialmente independiente de ellos” (Arendt, 2006: p. 61).*

La fuerza, concepto frecuentemente confundido con el de violencia, debe reservarse para Arendt, a *“las «fuerzas de la Naturaleza» o a la «fuerza de las circunstancias» (la force des choses), esto es, para indicar la energía liberada por movimientos físicos o sociales”* (2006: p. 61).

La autoridad, por su parte, tiene como característica propia, *“el indiscutible reconocimiento por aquellos a quienes se les pide obedecer”* en virtud de lo cual *“no precisa ni de la coacción ni de la persuasión (...) Permanecer investido de la autoridad exige respeto para la persona o para la entidad”* (Arendt, 2006: p. 61).

En lo que al concepto de *violencia* interesa, finalmente, la autora afirma que ésta

*“se distingue por su carácter instrumental. Fenomenológicamente está próxima a la potencia, dado que los instrumentos de la violencia, como todas las demás herramientas, son concebidos y empleados para multiplicar la potencia natural hasta que, en la última fase de su desarrollo, puedan sustituirla”* (Arendt, 2006: p. 63).

Una vez más, vemos relevado el *carácter instrumental* de la violencia como nota característica.

Podemos relevar también, la opinión de Jean-Marie Domenach, para quien *“la violencia es específicamente humana y, en este sentido, ella es una libertad (real o supuesta), que quiere forzar a otro. Yo llamaría violencia al uso de una fuerza abierta o*

*escondida, con el fin de obtener de un individuo o de un grupo eso que ellos no quieren consentir*” (Blair Trujillo, 2009: p. 16).

Hemos sobrevolado las referencias a la violencia que se han hecho desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde las ciencias sociales y desde el lenguaje común. Esta breve reseña no hace más que demostrar lo que párrafos atrás ya habíamos adelantado: que no existe una definición universalmente válida, y que toda conceptualización debe ser entendida como una construcción provisoria pensada para el análisis de fenómenos específicos.

No obstante ello, con las reservas que ya hemos señalado, sí podemos afirmar que la violencia, en términos generales, pareciera tener una serie de notas propias. La primera es *el empleo la fuerza*, entendida esta en el modo más amplio posible (aunque algunos autores, a los efectos de sus propios estudios, reservan el término violencia para la fuerza física<sup>40</sup>, esta posición es minoritaria y los instrumentos mismos de derechos humanos que antes hemos reseñado evidencian que el concepto de fuerza debe comprender a la “*vis moral*”).

El empleo de fuerza, obvio es, genera *una afectación a la integridad personal* de quien lo sufre, que también debe ser entendido de manera amplia. Las enumeraciones, en este sentido, realizadas en la Convención de Belem Do Pará y en la O.G. n° 13 del CDN, aunque ilustrativas, tienen un mero carácter enunciativo. Esta afectación es inescindible del concepto de violencia.

La *falta de consentimiento* de la víctima de la violencia es su tercer característica: esa fuerza que se emplea va dirigida a una persona o grupo de personas a quienes busca, de algún modo someter, o bien lograr que actúen o permitan actuar sin consentimiento<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Así, Jean- Claude Chesnais, en *Histoire de la violence* (Blair Trujillo, 2009: p. 12).

<sup>41</sup> Nuevamente, no todos los autores coinciden en que la falta de consentimiento sea un carácter propio de la violencia. De hecho, el propio Bourdieu define a la violencia simbólica como “*aquella forma de violencia que se ejerce sobre un agente social con la anuencia de éste*” (Bourdieu y Wacquant, 1995: p. 120). Sin desconocer el indudable valor de la opinión de Bourdieu, cuyo desarrollo excedería por mucho el objeto del presente trabajo, sostendremos la vigencia de este carácter por resultar ajustado a nuestro esquema conceptual, advirtiéndolo, una

Finalmente, la cuarta nota que reiteradamente aparece referida en relación a la violencia es su *carácter instrumental*. El empleo de fuerza, la generación de daño, el sometimiento del violentado, siempre tiene en miras la consecución de un fin determinado que la excede. Si así no fuera, lo que se verificaría sería, en términos arendtianos, el mero despliegue de potencia, pero no de violencia.

A modo de síntesis provisoria, podríamos decir entonces *que lo propio de la violencia es el empleo de fuerza dirigido hacia una persona o grupo de personas, no consentido, que genera una afectación considerable de su integridad personal y que tiene siempre carácter instrumental*. Si esto es así, la pena de prisión es, claramente, violencia.

Dice con razón Binder que *"lo que se encuentra en juego en el campo de la justicia penal es una específica forma de violencia física, que llamamos pena y que consiste, básicamente, en la reclusión en un sistema de interacción violenta que denominamos 'cárcel'"* (2013: p. 246). El confinamiento de individuos en cárceles sólo se logra a través del empleo de la fuerza. Para eso, entre otras cosas, se dota de armas a los miembros de las policías y de los servicios penitenciarios. Y aún cuando el empleo de la fuerza no se haga efectivo, la amenaza está siempre latente.

Hemos visto ya, además, que la privación de la libertad que supone la pena de prisión es, por definición, un sometimiento no consentido. Cualquier hipótesis en la que el confinamiento a un espacio limitado dependa de la voluntad de quien la sufre no puede ser considerada privación de libertad.

A su vez, la prisionización tiene inevitables efectos deteriorantes que han sido objeto de estudio por la sociología y la criminología. Aún en condiciones ideales, la cárcel genera en el prisionizado angustia, inquietud, ruptura de las relaciones afectivas. Si a ello se le suman los defectos de nuestros sistemas carcelarios latinoamericanos –superpoblación, falta de atención médica y alimenticia, abuso de poder institucional, aumento dramático de las

---

vez más, que todo intento de cristalizar la violencia en una fórmula universalmente válida está condenado al fracaso.

probabilidades de muerte violenta-, no queda sin concluir que la integridad personal del prisionizado se encuentra en permanente riesgo durante el tiempo que permanece encarcelado, cuando dicho riesgo no se plasma en afectaciones concretas de la integridad de las personas (Zaffaroni, 2012: p. 527-551). El perjuicio psicofísico es evidente.

Finalmente, la pena de prisión no es nunca pura potencia desplegada contra los prisionizados. Todos los discursos relativos a la prisión, críticos o no, le atribuyen a la misma una función, que justifica -o al menos explica- el despliegue de violencia. Ya hemos visto cómo los autores de herencia ilustrada parten siempre de una visión utilitarista, en función de la cual descartan por ilegítimo todo encierro que no busque una utilidad determinada. Hemos anotado también que los propios instrumentos de derechos humanos asignan funciones específicas a la pena privativa de libertad. Si bien es cierto que no hay acuerdo sobre cuál es el contenido real de este fin para el que la pena de prisión sería el medio, lo cierto es que la misma nunca ha sido aplicada *porque sí*, sino en pos de alguna finalidad específica que se le atribuye. Por ello es que, se compartan los fundamentos esgrimidos o no, no puede negarse que la pena de prisión tiene un indudable carácter instrumental. Volveremos sobre esta cuestión al analizar la prisión como instrumento propio de la política criminal.

De este modo, vinculando los dos caracteres que hasta ahora hemos analizado, diremos que la pena de prisión puede definirse normativamente como una *restricción violenta de derechos*<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Las penas de multa e inhabilitación, aunque con una intensidad de violencia decididamente menores, también participan de esos caracteres. En todo código penal que prevea la posibilidad de aplicación de este tipo de sanciones se establece como una consecuencia de su eventual incumplimiento, la imposición de pena de prisión, sea como transformación o como delito autónomo. En el Código Penal argentino, la posibilidad de sufrir pena de prisión ante el incumplimiento de la multa y el modo en que debe darse esa sustitución se encuentran regulados en los arts. 21 y 22. A su vez, el quebrantamiento de la pena de inhabilitación está prevista en el art. 281 bis, y tiene prevista una pena de dos meses a dos años de prisión.

### 3. Derechos humanos, violencia y restricción de derechos.

#### 3.1. La restricción de derechos y su regulación en los instrumentos de protección.

Como bien señala Pinto, *“los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos”* (2011: p. 87). Todos, por principio general, son susceptibles de reglamentación razonable. A la vez, y en situaciones extraordinarias rigurosamente tipificadas en los instrumentos de protección, el ejercicio de algunos derechos puede ser suspendido temporalmente<sup>43</sup>.

Pero entre la reglamentación razonable y la suspensión extraordinaria existe un tipo intermedio de limitación del alcance de los derechos humanos: las restricciones legítimas que, según Pinto, *“son los límites de tipo permanente que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines”* (2011: p. 87).

Las restricciones legítimas a los derechos humanos encuentran expresa recepción normativa en la totalidad de los instrumentos de carácter general, aunque no en todos la técnica de regulación ha sido la misma: el PIDCP, a diferencia del resto de los instrumentos que a continuación reseñaremos, carece de una cláusula general relativa a las restricciones de derechos, y en su articulado se ha optado por el establecimiento de fórmulas específicas incluidas entre de las que regulan cada derecho en particular.

La DUDH establece en su artículo 29.2 que

*“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y*

---

<sup>43</sup> Las condiciones en las cuales procede la suspensión de derechos están cuidadosamente reguladas en los instrumentos de protección, así también el catálogo de derechos que bajo ninguna circunstancia pueden suspenderse. Véase, por ejemplo, lo previsto en los arts. 4 y 5 PIDCP y 27 CADH.



*el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.*

La DADDH, por su parte, establece en su artículo XXVIII que *“los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.*

En la comparación, la fórmula de la DUDH parece tener mayor fuerza. En primer término, porque establece un doble estándar de legitimidad de las restricciones: en su aspecto formal, éstas sólo pueden ser *“establecidas por ley”*; desde lo sustancial, tienen *“el único fin”* de asegurar y satisfacer los criterios taxativamente enumerados. No obstante ello, es criticable la inclusión de las *“exigencias de la moral”* como criterio válido de limitación, que no se encuentra establecido en la DADDH.

La CADH también prevé una fórmula de carácter general. El art. 30 dispone que *“las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*, norma que debe ser leída, interpretada y aplicada conjuntamente con el art. 32.2, el cual establece que *“los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*. Tal como se ve, la CADH también consagra un criterio de legitimidad tanto formal como sustancial para las restricciones de derechos.

En cuanto al PIDCP, como ya hemos señalado, no existe una cláusula de carácter general que prevea la restricción de derechos. No obstante ello, la regulación específica de varios de los derechos previstos en su articulado cuenta con previsiones particulares relativas a su limitación. Así: respecto del derecho a la libertad personal, se establece que *“nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”* (art. 9.1.); en

relación a la libertad de circulación, se dispone que *“los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”* (art. 12.3); el art. 18.3 establece que *“la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”*; el derecho a la libertad de expresión, conforme lo dispone el art. 19.3, *“puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*; fórmulas semejantes a las aquí reseñadas se encuentran previstas también en la regulación de los derechos de reunión pacífica (art. 21) y de libertad de asociación (art. 22.2).

En función de esta regulación particularizada de las restricciones a cada derecho, se ha sostenido, con sólidos argumentos, que no caben dentro de la aplicación del pacto otras restricciones que las específicamente previstas en él<sup>44</sup>. Lo que sí es indiscutible es que, en cualquier caso, toda restricción de derechos reconocidos en el PIDCP debe ser leída a la luz de los rigurosos estándares establecidos en el art. 29.2 de la DUDH que informa el contenido de las disposiciones del Pacto.

Tal como se desprende de la reseña realizada, los criterios a la luz de los cuales debe medirse la legitimidad de las restricciones de derechos son de variada naturaleza y, en muchos casos, de interpretación problemática: conceptos tales como “orden público”, “moral” o “seguridad nacional” pueden ser leídos en clave autoritaria, lo que no deja de ser peligroso. Más adelante nos adentraremos en el análisis de estos criterios y formularemos una propuesta de interpretación

---

<sup>44</sup>“En relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha sostenido que la ausencia de una cláusula general indica que las únicas restricciones legítimas son las que caben en el enunciado de las normas específicas, y así ha sido recogido en los Principios de Siracusa, que reflejan la práctica internacional en el tema” (Pinto, 2011: p. 92).

pero, por ahora, lo central es reafirmar la idea de que la restricción de derechos debe tener una justificación expresa y que no cualquier finalidad satisface esa exigencia, sino aquellas expresamente previstas en las normas de referencia.

### **3.2. El derecho a una vida libre de violencia.**

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido, ya lo hemos dicho, una elaboración fragmentaria del problema de la violencia. Los mejores desarrollos se han visto vinculados, justificadamente, con sujetos especialmente protegidos. Así, ya hemos reseñado la Convención de Belem do Pará, que lidia con la acuciante problemática de la violencia contra las mujeres, y la Observación General nº 13 de la CDN que consagra el derecho de niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia.

Pero la falta de previsión expresa de la protección contra la violencia con carácter general no quiere decir, desde luego, que ella no exista. El reconocimiento de los derechos a la vida, a la libertad personal y, muy especialmente, a la integridad personal –entendida esta del modo más amplio posible, en su pluridimensionalidad de aspectos físico, psíquico y moral– permiten sostener que existe un derecho general que asiste a todas las personas a gozar de una vida libre de violencia y de obtener la protección del Estado para garantizar tal derecho.

Con una lógica coincidente a la aquí expuesta, la CIDH ha afirmado la existencia del derecho a la seguridad frente a la violencia, en su informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos del año 2009:

*“si bien el derecho internacional de los derechos humanos no define en forma expresa el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana, los Estados se encuentran obligados por un plexo normativo que exige la garantía de derechos*

*particularmente afectados por conductas violentas o delictivas: el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad personal; el derecho a las garantías procesales y el derecho al uso pacífico de los bienes”.*

De este modo, resulta conteste con esta interpretación la idea de que la violencia es una afectación de derechos humanos que adquiere particular gravedad ante determinados sujetos –por caso, las mujeres o los niños y niñas– pero contra la cual todas las personas tienen, en general, un derecho de protección.

#### **4. Restricción violenta de derechos, necesidad y democracia: ¿El fundamento normativo de una política criminal minimalista y democrática?**

La pena de prisión, ya lo hemos dicho, es una restricción de derechos. En este sentido, importan a ella muy especialmente las normas que regulan este tipo de restricciones y que ya hemos reseñado. A la luz de estas disposiciones, existe una directa vinculación entre la legitimidad de la restricción y la satisfacción de determinados fines. Consecuentemente, deviene ilegítima toda restricción que no tienda al cumplimiento de los fines referidos.

Pero la restricción de derechos no debe ser tan sólo útil para la consecución de los fines, sino necesaria para ella, en el sentido de ineludible. Es decir, el riguroso escrutinio de legitimidad al que debe ser sometida toda restricción exige demostrar que la satisfacción del fin en cuestión resulta de imposible consecución si no es a partir de la restricción. Este *principio de necesidad* se evidencia, en primer término, en la literalidad misma de las referidas normas. Así se desprende, por ejemplo, de la lectura de las disposiciones del PIDCP, en varias de las cuales la “necesidad” –ya lo hemos visto– aparece referida de forma

expresa, y del art. 29.2 DUDH, en la medida en que refiere que la restricción puede tener *como "único fin"* los allí referidos.

A la vez, el estándar de necesidad ha sido extraído como consecuencia razonada de las normas relativas a la restricción de derechos por los órganos de protección. Ya hemos visto en el capítulo precedente cómo es que, al momento de analizar las restricciones a la libertad de expresión, la Corte IDH sostuvo que, para medir su legitimidad, no era suficiente afirmar la mera utilidad o finalidad de la restricción, sino, lisa y llanamente, su necesidad en la satisfacción de un interés social imperativo.

También el Comité de Derechos Humanos, en el marco de sus Observaciones Generales, ha tenido oportunidad de referirse a los criterios restrictivos con los cuales debe mensurarse la legitimidad de toda medida restrictiva de derechos. Así, en su O.G. n° 27, relativa al derecho a la libertad de circulación –art. 12 PIDCP el Comité ha señalado que

*"no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser **necesarias** también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; **debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado**, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse".* (par. 14)

En la O.G. n° 34, referida a la libertad de expresión, el Comité reedita el estándar, con idénticas palabras y expresa remisión a la O.G. n° 27 (par. 34), dejando claro que el criterio consagrado tiene vocación expansiva y general, de modo que debe ser considerado aplicable a cualquier medida restrictiva de derechos.

De este modo, podemos afirmar que de las normas que regulan las restricciones de derechos se desprende un principio de necesidad que, tanto en contenido, como en definición, se asemeja mucho a las diversas conceptualizaciones existentes en relación al principio de *ultima ratio*. La lectura misma de las fórmulas empleadas para plasmar los criterios (restrictivos) a los que debe someterse la restricción de derechos siguen, casi palabra por palabra, las definiciones de Beccaria o de Ferrajoli, y las formulaciones normativas que hemos visto plasmadas, por caso, en la Declaración Francesa de 1789.

Reiteraremos entonces que, en tanto restricción del derecho a la libertad personal, son de aplicación a la pena de prisión todas las normas y elaboraciones de los órganos de protección relativas a las restricciones de derechos en general.

Pero, dentro del amplio abanico de las restricciones a los derechos, la pena de prisión es una de las más graves –si no es que, decididamente, la más grave– por cuanto se trata de una restricción violenta, es decir, una restricción que, además de afectar el derecho en particular –en este caso, la libertad personal– incide sobre la integridad personal, la salud y potencialmente la vida del afectado.

Si podemos afirmar la existencia de un derecho general a una vida libre de violencia, que se desprende razonablemente de la interpretación conjunta de los derechos expresamente reconocidos, una restricción de derechos que además de afectar el derecho restringido, lo hace de manera violenta, debe ser aplicada e interpretada con un criterio restrictivo de extrema rigurosidad.

Así, este *principio de necesidad* que afecta la legitimidad de toda restricción de derechos e impone un escrutinio estricto, se ve reforzado en el caso de la pena de prisión. Se trata de un *principio de necesidad calificado*, que podemos denominar *principio de estricta necesidad*.

En síntesis, de todo lo hasta aquí desarrollado se desprende que *de la interpretación armónica de las normas que regulan las restricciones de derechos en general e imponen respecto de estas el respeto al principio de necesidad y de las normas que reconocen los derechos a la vida, la libertad y la integridad personal de las que se*

*deduce el derecho a una vida libre de violencia, puede extraerse razonablemente un principio de estricta necesidad en el empleo de la pena de prisión o, lo que es lo mismo, el principio de ultima ratio.*

Que el principio de necesidad en tanto criterio limitador de las restricciones de derechos es el fundamento normativo del principio de *ultima ratio* parece haberlo entendido antes -y con mayor claridad- que cualquier otro órgano de protección la Corte IDH. Baste recordar el desarrollo del principio en el fallo “Kimel”, en el que con palabras casi idénticas a las utilizadas para abordar en otros instrumentos la restricción de derechos en general, se referían los límites al poder penal que se desprendían del estándar de estricta necesidad.

Pero aún sin la claridad del fallo referido, las elaboraciones de los órganos de protección menos audaces en el reconocimiento de límites al poder penal son compatibles con la fundamentación que hemos propuesto. De modo que, ante la falta de explicitación del fundamento empleado por estos órganos, nada impide presumir que es éste el que sostiene sus resoluciones.

## **5. Derechos humanos y democracia: el límite último a la restricción violenta de derechos.**

Hemos visto ya que los instrumentos de protección de los derechos humanos, al establecer los límites a las restricciones de derechos, enumeran –de manera taxativa- una serie de intereses superiores que las justifican. Así, se refiere el orden público –“conjunto de las reglas que aseguran el funcionamiento de una sociedad o el conjunto de reglas fundamentales sobre las cuales se erige una sociedad” (Pinto, 2011: p. 99)- , la seguridad nacional –que “sólo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o un uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado” (Pinto, 2011: p. 101)-, o el bien común –que, según la Corte IDH, debe entenderse “como un concepto referente a las

*condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos*<sup>45</sup>.

Pero de todos los intereses invocados en las normas que venimos analizando, el de mayor importancia para el escrutinio de la legitimidad de las restricciones es, sin dudas, el de la *"necesidad en una sociedad democrática"*. En efecto, el estándar democrático resulta de absoluta relevancia, al menos, por dos razones.

La primera es que, desde esta perspectiva se pueden abarcar los dos criterios de legitimidad que hemos visto plasmados en los instrumentos de protección: el formal, relativo a la necesidad de que la limitación al derecho venga dada por una ley en sentido formal -que, para ser tal, debe emanar de un órgano deliberativo conformado por representantes elegidos democráticamente<sup>46</sup>; y el sustancial, en tanto que la restricción debe ser evidente e ineludiblemente necesaria para esta sociedad democrática.

En segundo lugar, porque el estándar democrático, atento a la intrínseca relación entre democracia y derechos humanos, tiñe a los otros fines superiores, que no pueden ser entendidos de manera separada de éste. Así por ejemplo, la definición misma de *"bien común"* provista por la Corte IDH hace referencia a *"la mayor vigencia de los valores democráticos"*. Pues bien, idéntico criterio debe seguirse con todos los fines enumerados en los instrumentos de protección para habilitar la restricción de derechos. Así, la referencia de la seguridad nacional debe entenderse como seguridad nacional en el contexto de una sociedad democrática -no justificándose, por caso, la limitación de derechos que tenga por fin el sostenimiento de un régimen antidemocrático-.

El estándar democrático es útil, en este sentido, para dar contenido concreto a conceptos problemáticos como el de "moral", que, desde la perspectiva de la democracia representativa no puede ser entendida como una moral única que se impone a los grupos minoritarios, sino, muy por el contrario, una que

---

<sup>45</sup> Así lo ha establecido en la ya referida OC-5/85, par. 66.

<sup>46</sup> Así se desprende de la OC-6/86 de la Corte IDH, pars. 22 y 33, entre otros.



admita la pluralidad de voces y que se asiente sobre el principio de no discriminación y el respeto a los derechos fundamentales.

Según Cançado Trindade (2001), no hay derechos humanos sin democracia ni democracia sin derechos humanos, tomados estos en su conjunto – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– ya que la democracia participativa y, en última instancia, el propio desarrollo humano, solo son posibles en el marco del respeto a los derechos humanos.

La relación intrínseca entre democracia y derechos humanos ha sido ratificada en reiteradas oportunidades por diversos órganos de protección, si bien es cierto que en el Sistema Universal, atento a la pluralidad de Estados que lo conforman y la diversidad de sistemas políticos sobre los cuales estos se estructuran, la exploración de esta relación ha sido menos intensa.

En el Sistema Interamericano, por el contrario, la Carta la OEA se encarga ya de señalar esta interrelación. Así, el Preámbulo de la Carta establece que “... *la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región ...*”, y que “... *el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre ...*”.

La Declaración de Asunción, adoptada en la Asamblea General de la OEA de 1990, caracteriza a la democracia representativa como el sistema político que más adecuadamente garantiza los fines y propósitos del sistema interamericano, al tiempo que señala la importancia de la educación para la democracia y el respeto de los derechos humanos.

La Carta Democrática Interamericana del año 2001 –nacida al calor del largo proceso de recuperación democrática peruana– supone el compromiso de los Estados miembros de la OEA con el sistema democrático representativo y en ella, a la vez que se enuncian los elementos y principios constitutivos de dichos sistema, se refuerza esta idea de íntima vinculación entre democracia y derechos humanos.

Los dos primeros capítulos de la Convención establecen la relación entre la democracia y el sistema interamericano, por un lado, y la democracia y los derechos humanos por el otro. En este último aspecto, el art. 7 de la CDI establece que *“la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”*.

Ya en el preámbulo, la Carta Democrática tiene presente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia.

Ninguno de los instrumentos mencionados ha desarrollado un concepto en relación a lo que debe entenderse por democracia o democracia representativa, pero la CDI sí enuncia en dos de sus artículos lo que califica como *“elementos esenciales de la democracia representativa”* (art. 3) y *“componentes fundamentales del ejercicio de la democracia representativa”* (art. 4).

Son ELEMENTOS ESENCIALES de la democracia representativa (art. 3 CDI):

- El respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales;
- El acceso al poder y ejercicio con sujeción al estado de derecho;
- La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo;
- El régimen plural de partidos y organizaciones políticas;
- La separación e independencia de los poderes públicos.

Son COMPONENTES FUNDAMENTALES del ejercicio de la democracia (art. 4 CDI):

- La transparencia de las actividades gubernamentales;
- La probidad y responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública;

- El respeto de los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa;
- La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida;
- El respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad.

Estos elementos esenciales y componentes fundamentales integran el contenido indispensable de la democracia representativa, y son la vara con la que debe medirse la legitimidad de toda restricción de derechos a la luz del estándar de necesidad en una sociedad democrática.

De este modo, podemos afirmar que el *estándar de estricta necesidad* que caracteriza al principio de *ultima ratio* sólo puede ser entendido como alusivo a la necesidad en una sociedad democrática. Así, la satisfacción de finalidades que no se compadezcan, por ejemplo, con la caracterización de la sociedad democrática que se desglosa en la CDI, no legitimaría el ejercicio de poder penal.

## **6. Conclusiones del capítulo.**

El estándar de estricta necesidad que constituye el núcleo del principio de *ultima ratio* reconoce un fundamento normativo claro en la vinculación de las normas relativas a la restricción de derechos y aquellas a partir de las cuales puede deducirse razonablemente el derecho a una vida libre de violencia. A partir de ellas, ya lo hemos dicho, puede deducirse un estándar de necesidad agravado relativo a la pena de prisión –restricción violenta de derechos- cuyo empleo sólo podrá justificarse si responde a la satisfacción de una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática.

Ahora bien, si el poder penal reconoce un límite propio en este *principio de estricta necesidad* ello debe tener consecuencias concretas en los modos en que los

Estados ejercen este poder. Corresponde, llegados a este punto, preguntarse cuáles son estas consecuencias. Se trata de saber, en definitiva, cómo debe ser una política criminal minimalista y democrática conteste con los estándares consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## VI. Consecuencias del principio de *ultima ratio* en la política criminal.

### 1. Conceptualización de la política criminal. De Von Liszt a las tendencias actuales.

Como ya hemos adelantado, el poder penal siempre se ha ejercido con un cierto nivel de organización. Esto equivale a afirmar que desde antiguo ha habido en las sociedades humanas una determinada forma de violencia estatal organizada o, lo que es lo mismo, una determinada política criminal.

Pese a ello, el concepto de política criminal –y la elaboración teórica en torno a dicho concepto– tiene una historia relativamente corta. Existe, en este sentido, alguna discusión en cuanto a su paternidad. Como señala Mariano Ciafardini,

*“el término política criminal está indefectiblemente asociado, no en cuanto a su nacimiento sino a su divulgación, al profesor alemán Franz Von Liszt, quien a su vez señala como padre del concepto kriminalpolitik a otro profesor alemán, Heinke (1823), aunque hay quien dice que el término fue originalmente utilizado por Kleinsrod ya*

*en 1793 en una obra titulada Desarrollo sistemático de los conceptos y verdades fundamentales del Derecho Penal” (2009: p. 257).*

Con independencia de ello, no caben dudas de que el concepto de política criminal fue popularizado por Franz Von Liszt, para quien, según refiere Ciafardini, *“la política criminal se reducía al arte de elaborar y sancionar normas punitivas o de algún modo coercitivas como instrumento concebible para la prevención y control del delito. Tal era la visión imperante en la Europa desde fines del siglo XIX”* (2009: p. 257). La política criminal, en esta primera elaboración, se agotaba en la tarea legislativa de producción de normas penales<sup>47</sup>.

El concepto de política criminal, su contenido y funciones han sido objeto de crítica, reformulación y reflexión fragmentaria a lo largo de la historia, lo que ha llevado a no poca confusión conceptual. En una primera acepción, tal como hemos visto, la política criminal era mera técnica legislativa de producción de normas penales. Pero bajo dicha denominación también se ha definido a un determinado campo del saber científico, en concreto, a la disciplina encargada de nutrir de información para el desarrollo de las herramientas para la lucha contra la criminalidad. A la vez, se ha emparentado la fórmula política criminal a distintas “escuelas” de saberes relativos al poder penal –de derecho penal, procesal penal, criminología, etc.- (Binder, 2011: p. 77-81). Finalmente, la frase política criminal también se ha usado para denominar una verdadera política pública, pero aún en este caso tampoco hay acuerdo en relación a cuál es el contenido concreto de dicha política.

En efecto, parecieran existir al menos dos concepciones en este sentido: una amplia, que incluiría a todos los mecanismos que el Estado tiene para dar

---

<sup>47</sup> En sentido similar se expresaba Von Feuerbach para quién, según cita de Jimenez de Asúa, la política criminal era *“sapiencia del Estado legiferante”* (Jimenez de Asúa, 1950: p. 140).

respuesta a la criminalidad<sup>48</sup>, y una restringida, acotada únicamente al empleo de los medios violentos.

Sin desconocer la existencia de las muy diversas ópticas que han surgido en este devenir –cuya mera reseña excedería por mucho el objeto de este trabajo– nos limitaremos a exponer, sucintamente, las ideas de dos autores contemporáneos: Claus Roxin y Alberto Binder.

Claus Roxin es uno de los más influyentes teóricos actuales en materia de dogmática penal. Su particularidad como doctrinario radica en la crítica a la clásica separación entre el Derecho Penal –entendido desde tiempos de Von Lizst como un sistema de garantías estructurado para obstaculizar el ejercicio de poder penal, a favor de los derechos del ciudadano sometido a proceso- y la política criminal –que busca el mayor grado de eficacia posible en el empleo de ese poder para la consecución de determinados fines sociales-. Según Roxin, esta separación absoluta ha generado una dogmática penal cada vez más alejada de la realidad, dificultad que, para ser superada, impone la reelaboración conceptual a partir de la integración de las finalidades político-criminales en las distintas categorías de la teoría del delito<sup>49</sup>.

Los desarrollos conceptuales de Roxin en relación a la política criminal han sido elaborados en su práctica totalidad desde la perspectiva de la relación que esta tiene con la dogmática penal –esta es, al fin y al cabo, su mayor preocupación como teórico- por lo que es dable advertir que su definición de la

---

<sup>48</sup> Así, afirma Borja Jimenez que *“la Política Criminal puede definirse como aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal”* (2003: p.148). En el mismo sentido, entre otros, se expresa Delmas Marty (Binder, 2011: p. 205).

<sup>49</sup> El funcionalismo penal de Roxin ha tenido gran aceptación doctrinaria, pero no ha estado exento de críticas. Se le reconoce el mérito de hacerse cargo de la necesidad de introducir finalidades políticas en la reelaboración de las categorías de la teoría del delito, pero se le ha objetado que esas finalidades no tienen por qué ser político-criminales. En este sentido, afirma Binder que: *“Roxin confunde ‘interpretación orientada a fines’ con ‘finalidades político-criminales’ generando un equívoco que arrastró a demasiados teóricos Sin duda la dogmática penal debe tener una orientación a fines (la máxima protección de la libertad) pero esos fines no son fines de protección de bienes jurídicos o, mejor dicho, esos fines de la dogmática no son fines político-criminales”* (2014: p. 107).

política criminal como disciplina autónoma nunca fue del todo clara. No obstante ello, sí ha aludido a la cuestión de manera fragmentaria a lo largo de su prolífica obra. Y, en este sentido, Borja Jimenez, acertadamente, rescata la siguiente cita:

*“La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal. La Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica. Probablemente esta posición ambigua de la Política Criminal permita explicar el que todas sus tesis sean extremadamente discutidas y que la orientación dominante cambie con bastante frecuencia. La historia se mueve, si se puede decir así, más deprisa en el ámbito de la política criminal que en el campo de la dogmática jurídica...” (2003: p. 120).*

De las dos tendencias en relación a la definición de la política criminal que hemos referido con anterioridad –amplia y restringida– Roxin adopta, a las claras, una de tipo amplio. El autor considera a la política criminal, a un tiempo, como ciencia y como praxis política. A la vez, no limita su objeto a los instrumentos reactivos violentos, sino que incluye a todo lo que pueda integrar una “*estrategia decidida de lucha contra el delito*”. Finalmente, incorpora el “*tratamiento*” de las personas que “*atentan contra convivencia social*” -aunque la referencia es confusa, y no ha sido mayormente desarrollada, Roxin pareciera



incluir dentro de la política criminal el propio tratamiento penitenciario dispensado a las personas condenadas, ampliando significativamente el campo de la misma-.

Quienes siguen esta tendencia afirman que el control de la criminalidad se realiza por una pluralidad de medios, y que la aplicación de pena y todo lo que gira alrededor de ella es uno más de esos medios. Al igual que a todos los autores que han seguido este camino, puede criticarse a Roxin que una conceptualización que confunda o equipare todos los medios de gestión de la criminalidad como si fueran la misma cosa –sin importar la modalidad preventiva, disuasiva o reactiva, el carácter violento o falta de éste- oculta el real peligro del empleo de los medios violentos y sus consecuencias negativas, enturbia su análisis y dificulta su comprensión. Si bien es cierto, como veremos, que toda forma de conflictividad social –aún las más agresivas- puede gestionarse desde distintos niveles de intervención, no puede desconocerse ni dejar de señalarse nítidamente el carácter afectivo, lesivo e incluso destructivo de los instrumentos violentos, todo lo cual hace aparecer a la separación conceptual como la vía más recomendable.

Alberto Binder -quien, a nuestro criterio, ha hecho mayores y mejores esfuerzos para vincular la idea de política criminal a los desarrollos hechos en la teoría general de las políticas públicas- opta por una definición restringida, entendiendo que ello permite diferenciar con nitidez los distintos niveles de intervención, y exhibir claramente a la violencia como una herramienta del Estado que debe ser empleada con sumo cuidado (2011, p. 208).

Binder empieza por afirmar que la existencia de conflictos en una sociedad es necesaria –en el sentido de inevitable-. Así, refiere que *“la sociedad o, mejor dicho, el proceso social (dado que no existe nada estático que pueda recibir el nombre de ‘sociedad’) es un proceso imbricado de conflictos. Es inimaginable una sociedad sin conflictos”* (2011: p. 140). El conflicto, que surge de la interacción entre personas o grupos de personas con intereses diversos y en ocasiones contrapuestos, tiene consecuencias positivas y negativas que en general se dan de

manera conjunta. Por ello es que la conflictividad no puede por sí misma ser calificada de mala o indeseable. La valoración negativa del conflicto es producto del denominado *paradigma del orden*, siempre emparentado con concepciones autoritarias de la sociedad.

No obstante ello, advierte Binder,

*“la existencia obvia de la conflictividad, y el hecho de que no debamos asumir un prejuicio negativo respecto de ella, no significa que debamos convertirnos en meros observadores de su desarrollo. Al contrario, una sociedad que no se preocupa por su conflictividad, es decir, que la deja librada a su propia suerte, lo único que consigue es que se imponga a ley del más fuerte, de aquel que puede desequilibrar el conflicto en su favor”* (2011: p. 154).

Por esto es que, si bien ninguna política puede razonablemente aspirar a eliminar la conflictividad social, lo que sí puede –y debe– procurarse, es gestionarla para que se desarrolle sin resolverse a través del abuso de poder o de la violencia. Este es el objeto de lo que Binder denomina Política de Gestión de la Conflictividad –PGC– (2011: p. 160), que es una política básica del Estado, juntamente con otras como *“la económica, la educativa, la de salud y la de relaciones exteriores, bajo su doble modalidad de la defensa y la diplomacia”* (2011: p. 161).

El autor identifica diversos modos de operar de la PGC, y diversos niveles, con grados crecientes de intervención estatal.

Las modalidades son: 1. la preventiva –que busca evitar que un determinado conflicto nazca o que una manifestación de ese conflicto o un modo de desarrollo de él no aparezca– ; 2. la disuasiva –que también pretende evitar que un conflicto o manifestación del conflicto no se produzca pero, a diferencia de la modalidad preventiva, no de un modo permanente, sino sólo y en tanto se

desarrolla la acción disuasiva-; y 3. la reactiva –que responde a una manifestación previa del conflicto para provocar algún efecto-.

En cuanto a los niveles de intervención, existen cinco estamentos que se caracterizan por una progresión en el nivel de participación estatal: 1. Coordinación con organizaciones sociales<sup>50</sup>; 2. Fortalecimiento de la autogestión mediante la elaboración de modelos ejemplares<sup>51</sup>; 3. Creación de ámbitos de autogestión<sup>52</sup>; 4. Organización de autoridades de resolución y tribunales<sup>53</sup>; y 5.

---

<sup>50</sup> “A la hora de diseñar una adecuada PGC, se debe tener en cuenta cuáles son los mecanismos que aún se conservan en el plano social y que se encuentran en mejores condiciones de intervenir en la conflictividad para cumplir las finalidades de evitar el abuso de poder y la violencia, que son las finalidades básicas de toda PGC” (Binder, 2011: p. 168).

<sup>51</sup> “El Estado dispone de herramientas comunicacionales que proveen modelos de referencia, tanto en lo formal como en lo sustantivo. Es decir, hay productos estatales (normas, decisiones, mensajes) que establecen modelos que pueden seguir los ciudadanos para orientar la solución en los conflictos, tanto en lo que se refiere a sus mecanismos formales (no puede actuar intempestivamente, no puede desconocer su palabra, no puede reinterpretar sus actos maliciosamente, no puede desconocer al otro, etc.), como estableciendo criterios sustantivos, es decir, modelos de repartos de bienes y posiciones, que orientan la solución de los conflictos, estableciendo *prima facie* a quien se le otorgará razón o quién podrá contar con el apoyo del propio Estado. Lo que se busca con este mecanismo, en el que el manejo del conflicto está en los propios involucrados –pero donde el Estado orienta e interviene en esa conflictividad–, es que en todo caso se vaya gestando una cultura no abusiva ni violenta, una razón normativa que evite la arbitrariedad, sin desconocer el derecho que tiene cada persona de luchar por sus propios intereses” (Binder, 2011: p. 175).

<sup>52</sup> “En este nivel se intensifica la participación del Estado, pues la autogestión de los ciudadanos o la participación de redes sociales deben ser auxiliadas, generando espacios institucionales de encuentro, que fortalezcan la capacidad de autogestión o de mediación comunitaria. Existen muchas y diversas formas para estos espacios. Ellos pueden ser informales y hasta espontáneos, tales como han actuado muchas instituciones públicas (como hospitales y escuelas) o pueden ser formalizados y específicos, como los jueces de paz, de concordia o de equidad. Podemos observar que la intensidad de la participación estatal aumenta, dado que ahora tanto organizaciones sociales como la autogestión orientada podrán contar con ámbitos específicos que favorezcan la armonización de intereses o que hagan derivar los conflictos hacia formas con mayor nivel de tolerancia y respeto. En un diseño inteligente de la PGC a este nivel se le debe prestar especial atención, porque es el último en el cual todavía la participación social y de los involucrados en la solución del conflicto es determinante y, por lo tanto, los efectos de esa solución son mayores, porque son más genuinos –en la medida en que involucran a los interesados directos– y fortalecen, en términos generales, la capacidad de la sociedad para gestionar sus conflictos” (Binder, 2011: p. 178).

<sup>53</sup> “Hasta aquí hemos visto como la PGC apunta, preferentemente, a la capacidad de los individuos, de los grupos y de la sociedad para gestionar sus propios conflictos, estableciendo distintos niveles de coordinación, ayuda, contención o fortalecimiento. En este cuarto nivel, el Estado asume que se ha perdido tal capacidad o que el conflicto la sobrepasa y que, por lo tanto, es necesario crear instituciones (oficinas, procedimientos, agentes) encargadas formalmente de darle una solución a los conflictos que se le presentan, entendiendo que “solución” no es ya necesariamente la creación de una situación de armonía o tolerancia, sino que puede significar también el otorgamiento de la razón (entregarle los bienes o las

Uso de la violencia. Cada nivel, por su parte, puede acudir a diversas combinaciones de modalidades de intervención.

Este último nivel, que refiere al empleo de los instrumentos violentos del Estado, no es otra cosa que la política criminal. Desde esta perspectiva, la política criminal se define como *“el segmento de la PGC que organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado para intervenir en la conflictividad, sobre la base de los objetivos y metas generales que ésta fija, es decir, para evitar de un modo general la violencia y el abuso de poder como forma de solucionar los conflictos”* (Binder, 2011: p. 202).

Como se ve, la política criminal no es el mero arte de elaboración normativa que se proponía en las teorizaciones más tempranas, sino un segmento de la política pública de gestión de conflictos –con pluralidad de agentes que participan en ella-, que no puede entenderse sino en conexión con los otros estamentos de esa misma política, y como nivel último de intervención. Y, si bien puede proponerse metas específicas propias, sus objetivos generales son comunes con las otras áreas de la PGC, a saber: gestionar la conflictividad para evitar la violencia y el abuso de poder.

En palabras de Binder:

*“la PC es una política pública concreta del Estado (y una de las más antiguas y consolidadas, desgraciadamente). Que esa política se ocupe de un tema tan específico como los instrumentos violentos del Estado no le da ninguna especificidad como política pública, salvo la mayor necesidad de precisión, racionalidad y control que surge de la cualidad de sus instrumentos principales, así como la exigencia de un vínculo más estrecho con los valores democráticos y legalistas a los que sirve”* (2011: p.60).

---

*posiciones) a una de las entidades en conflicto, pero, de todos modos, siempre bajo ciertas formas y condiciones que generan legitimidad, respeto y algún nivel de aceptación”* (Binder, 2011, p. 180).

## **2. Política criminal y política de seguridad ciudadana. Puntos de contacto y diferencias.**

Es necesario, a esta altura, distinguir conceptualmente la política criminal de la política de seguridad ciudadana. Es que, aún cuando tienen varios puntos de contacto, no se identifican completamente, y su confusión puede aparejar consecuencias negativas.

Para realizar esta precisión conceptual partiremos de la definición de seguridad ciudadana propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, publicado el 31 de diciembre de 2009, que la concibe como

*“aquella situación donde las personas pueden vivir libres de las amenazas generadas por la violencia y el delito, a la vez que el Estado tiene las capacidades necesarias para garantizar y proteger los derechos humanos directamente comprometidos frente a las mismas. En la práctica, la seguridad ciudadana, desde un enfoque de los derechos humanos, es una condición donde las personas viven libres de la violencia practicada por actores estatales o no estatales” (par. 221).*

Entendida de este modo, la seguridad ciudadana no es una cuestión que corresponda de manera exclusiva a las fuerzas policiales sino que, conforme se plasma en el referido informe, *“está relacionada a la presencia interrelacionada de múltiples actores, condiciones y factores. Entre ellos: la historia y la estructura del Estado y la sociedad; las políticas y programas de los gobiernos; la vigencia de los derechos*

*económicos, sociales, culturales; y el escenario regional e internacional” (par. 222). Por ello es que “el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados” (par. 20).*

En otras palabras, lo propio de la preocupación por la seguridad ciudadana no es la represión de conductas que la afecten una vez producidas, sino la prevención de esas conductas.

De lo hasta aquí reseñado podemos decir entonces que la política de seguridad ciudadana es una política pública cuya finalidad es la prevención y control de *“las amenazas generadas por la violencia y el delito”* a fin de *“garantizar y proteger los derechos humanos directamente comprometidos frente a las mismas”*.

Si bien la política de seguridad es también, al menos en parte, una política de gestión de la conflictividad –pues el delito y la violencia son, al fin, conflictos–, no es propio de ella –como sí lo es de la política criminal– el empleo de los instrumentos violentos del Estado. Es decir que, aún cuando ocasionalmente, a través de determinadas líneas de implementación, la afectación de la situación de seguridad puede prevenirse a través del empleo de la fuerza, existen muchas otras herramientas no violentas de las que los diseñadores y ejecutantes de las políticas de seguridad ciudadana pueden –y deben– servirse.

Si los miembros de las policías o fuerzas de seguridad, en su función de agentes de políticas de seguridad ciudadana, deben acudir al empleo de fuerza en la modalidad de coerción directa, lo hacen al sólo efecto de hacer cesar el conflicto que haya suscitado su intervención y limitar así la afectación de los derechos antes referidos. Una vez disuelto el conflicto, el empleo de la fuerza no se justifica desde las políticas de seguridad.

De cualquier manera, aún en estos casos de coerción directa no vinculados a la ejecución de política criminal, los agentes de las fuerzas de seguridad también se encuentran comprometidos por el principio de *ultima ratio*. Así, el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” -adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución

34/169, de 17 de diciembre de 1979- establece en su artículo 3 que *“los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”*.

Además de que el empleo de la fuerza no es característico de la política de seguridad, una segunda diferencia radica en que esta adopta, en general, una modalidad de intervención eminentemente preventiva, en tanto que la política criminal busca incidir en la conflictividad, sobre todo, a partir de la reacción violenta ante la verificación de conductas previamente definidas como criminales.

Por ello, como hemos dicho, si bien es cierto que existen numerosos puntos de contacto entre una y otra –ambas participan de la PGC, y por lo tanto, comparten la preocupación por la gestión de la conflictividad social violenta, y la posibilidad del empleo de fuerza (aunque en modalidades diversas) para el logro de sus fines– la política criminal y la política de seguridad ciudadana no se identifican, en la medida en que se diferencian en sus modos de acercamiento al conflicto (principalmente reactiva la primera y eminentemente preventiva la segunda), y en la pluralidad de herramientas de incidencia que tiene la última.

Esta diferencia conceptual no es irrelevante. Así como advertimos del peligro de las definiciones amplias de la política criminal, que enturbian la visión de los instrumentos violentos del Estado al mezclarlos con todas las demás herramientas de gestión de la criminalidad, debemos ahora señalar que la confusión –y, peor aún, la identificación– de la política de seguridad con la política criminal acarrea el peligro de concebir que la única herramienta para garantizar la seguridad de las personas respecto de la violencia y el delito es el empleo de medios violentos. Esta conclusión no sólo es falsa –la mera enumeración de las varias herramientas no violentas de la política de seguridad que hemos realizado con anterioridad así lo evidencia– sino además peligrosa, por cuanto deja abierta la puerta a la prodigalidad de violencia estatal y al abuso de poder.

### 3. La política criminal como verdadera política pública.

Existe una cierta resistencia doctrinaria a asumir a la política criminal como una verdadera política pública de administración de la violencia estatal. Acaso dicha resistencia –que ha redundado en un estudio fragmentario de este fenómeno– provenga de la idea de que admitir esta facticidad del poder penal implica el reconocimiento de legitimidad en su ejercicio, y con ello, algún tipo de calificación positiva respecto de Estados autoritarios. Pero esto en modo alguno es así.

En primer término, porque asumir que el ejercicio organizado del poder penal es, en efecto, una política pública, es indispensable para entender que esta, como toda política pública –y con mayor razón aún por lidiar con el empleo de instrumentos violentos–, debe ceñirse a estrictos estándares de diseño, ejecución y evaluación. En una palabra: rechazar la concepción del ejercicio de violencia estatal en términos de política pública solo habilita la discrecionalidad, la incontinencia y la expansión de esa violencia.

En segundo lugar, porque al día de hoy no existen sociedades que no tengan alguna forma de violencia estatal organizada, ni siquiera sociedades democráticas, con altos estándares de cumplimiento de las exigencias que, por caso, hemos visto plasmadas en la CDI. Reiterando que esta mera verificación en modo alguno implica una valoración positiva en relación a la violencia como modo de gestión de la conflictividad social, sí es necesario afirmar que determinadas formas de política criminal pueden calificarse al día de hoy como tolerables y, aún, necesarias<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup>“Si bien siempre podemos propiciar el uso de una forma de intervención en el conflicto distinta de la violenta y ello dependerá también del caso particular, existen, en la actualidad, formas de criminalidad respecto de las cuales todavía podríamos generar suficientes consensos sobre su necesidad. En nuestro país dejar impunes los delitos vinculados al terrorismo de Estado generaría daños sociales importantes (por supuesto, en mi opinión), dejar que mercados criminales de gran potencia, como el narcotráfico, la trata, los fraudes bancarios o los negocios fraudulentos con los fondos públicos se



No es sencillo encontrar un concepto cerrado de política pública. Muchos autores ofrecen el suyo, pero con diferencias, en ocasiones, irreconciliables. Ello obedece a la íntima relación que existe entre las políticas públicas y el Estado, cuya configuración y funciones ha variado sensiblemente a lo largo de la historia. En una primera aproximación, Wayne Parsons afirma que

*“la idea de las políticas públicas presupone la existencia de una esfera o ámbito de la vida que no es privada o puramente individual, sino colectiva. Lo público comprende aquella dimensión de la actividad humana que se cree que requiere la regulación o intervención gubernamental o social, o por lo menos la adopción de medidas comunes”* (2007, p. 37).

Esta definición nos introduce en un nuevo problema, el de la distinción entre lo público y lo privado, distinción que, una vez más, tiene un profundo contenido histórico. Así, la diferencia entre los asuntos públicos y los privados en la *polis* griega difiere radicalmente de la concepción de los economistas políticos del siglo XIX, para quienes la quintaesencia de “lo privado” lo constituían los mercados –en sentido amplio–, y eran estos el límite infranqueable de la intervención estatal (Parsons, 2007: p. 38). Esta última visión, por cierto, se vio luego superada aún en economías capitalistas por el keynesianismo y el *new deal* rooseveltiano, que no consideraban ajeno al campo de injerencia estatal la intervención en el ámbito de los mercados.

---

*desarrollen sin intentar frenarlos con algunos de los instrumentos violentos que tenemos, también me parece que generaría daños sociales. Dejar impunes los graves actos de violencia; en fin, a esto me refiero cuando utilizo la frase ‘existen porciones de política criminal que tienen legitimidad democrática’, no al hecho de que la simple mayoría popular alcance para dejar de lado el principio de ultima ratio. Se trata de utilizar todos los mecanismos que tenemos para defender valores que hacen a la vida democrática como tal: sin perjuicio de sostener que siempre y en todo caso hay que analizar y evaluar seriamente si es aplicable otro método no violento para lograr los mismos o superiores resultados sociales”* (Binder, 2014: p.16, nota 1).

Dentro de este complejo panorama, Parsons releva la propuesta del pensador utilitarista John Stuart Mill quien entendía que el criterio para distinguir lo público de lo privado radicaba en la idea del perjuicio: *“a la esfera de lo privado pertenecía aquello en lo que no se perjudicaba a otros”* (2007: p. 39). Aún cuando este criterio también es problemático<sup>55</sup>, reviste sumo interés, en especial en nuestro medio, por cuanto una formulación semejante a la de Mill la encontramos en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. Amén de las dificultades, entonces, de establecer con precisión los límites de aquello que perjudica a terceros, la idea de que las conductas cuyos efectos no excedan de las propias personas que las despliegan pertenecen al ámbito privado y, por tanto, el Estado no puede entrometerse en ellas, es una directriz valiosa para la conceptualización de las políticas públicas.

Además de las dificultades anotadas para distinguir lo público de lo privado, el concepto mismo de “política” también es problemático. No sólo se confunden en él diversos términos semejantes pero conceptualmente distinguibles<sup>56</sup>, sino que también se entrecruzan otros conceptos complejos y con valoraciones diversas, como el de “administración” y “burocracia”, entre otros. Sin entrar a analizar estas cuestiones –que exceden, por mucho, el objeto del presente trabajo–, referiremos la opinión de Hecló, citada por el propio Parsons, para quien el término “políticas”, en su uso común,

*“suele considerarse adecuado para referirse a algo ‘más grande’ que las decisiones individuales, pero ‘más pequeño’ que los movimientos sociales en general. Así, las políticas, en términos del nivel de análisis, constituyen un concepto que se encuentra, digamos, en el medio. Un segundo elemento que es esencial en el uso que la*

---

<sup>55</sup> La idea de perjuicio también ha variado a lo largo de la historia, donde conductas en un momento consideradas perjudiciales, luego se entendieron inocuas y viceversa, y donde el problema de la imposición de una moral pública torna difusos los límites en cuestión.

<sup>56</sup> Así, Parsons analiza las diferencias entre los vocablos ingleses *politics* y *policy*, y su dificultad para trasladarlas a otros idiomas (2007: p. 48/50).

*mayoría de los autores dan a este término es algún tipo de intención"*

(Parsons, 2007: p. 47).

Sin dejar de señalar, una vez más, lo complejo de un concepto de naturaleza esencialmente variable, baste para nuestro trabajo con afirmar, por ahora, que lo propio de la política pública es a) ser algo más que una mera "decisión individual" -requiriéndose, por caso, la intervención de una pluralidad de agentes, organismos o instituciones estatales, y aún privadas-; b) estar orientada por una finalidad o intención específica; y c) procurar incidir en el ámbito de "lo público", sea cual sea el contenido que, en un contexto cultural e histórico determinado, se atribuya a dicho ámbito. Teniendo estas notas en cuenta, analicemos, entonces, a la política criminal.

Corresponde señalar, en primer término, que la conflictividad con la que lidia la política criminal puede medirse con la vara de la distinción público/privado que hasta ahora hemos desarrollado. Reiteramos que los criterios en relación a qué resulta perjudicial a terceros y qué no son esencialmente relativos, vinculados a un contexto cultural e histórico determinados, y por ello la política criminal, como toda política, ha ido mutando a lo largo del tiempo. El consumo de estupefacientes ha sido entendido, de acuerdo al lugar y al momento histórico, como una potencial afectación de la salud pública o como una conducta inocua. A la par, el extendido fenómeno de la violencia doméstica y de género, históricamente desatendido por la política pública por pertenecer al ámbito de "lo privado", se ha convertido en los últimos años en eje de muchas políticas de Estado, incluida la criminal.

Por lo demás, el despliegue de violencia estatal a partir de un complejo entramado de organismos, funcionarios e instituciones atiende a la idea de política que excede la mera acción individual. Si a ello le sumamos que, conforme la conceptualización que venimos sosteniendo, el empleo de violencia se hace con una intención específica -conforme postula Binder, la de gestionar la conflictividad social a fin de que la misma no se resuelva en violencia y abuso de

poder-, no queda sino concluir que la política criminal es una política pública en todos los términos de la caracterización previa.

#### **4. El enfoque de derechos humanos en las políticas públicas.**

El llamado enfoque de derechos, en palabras de Victor Abramovich, *"considera especialmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas"* (2007: p. 225), que, en lo que aquí interesa, sirven de directriz para la formulación, ejecución y control de las políticas públicas.

Los órganos de protección internacionales –tanto del sistema universal (en su doble carácter convencional y extraconvencional) como de los diversos sistemas regionales-, en el ejercicio de sus funciones, han definido una serie de criterios interpretativos a fin de dotar de contenido efectivo a las obligaciones asumidas por los Estados en materia de Derechos Humanos. Se han establecido así verdaderos parámetros que permiten cotejar, desde este enfoque de derechos, la adecuación -o falta de ella- de las políticas públicas de los Estados a los referidos criterios. Estos estándares de protección *"refieren a una definición legal que incluyen principios que son el resultado del proceso de interpretación de una norma o de un tratado internacional... son declaraciones fundamentales sobre el resultado deseado y no están diseñados para ser verificados directamente"* (Pautassi, 2010: p. 14)<sup>57</sup>.

Esta tarea de los órganos de protección ha sido particularmente relevante en materia de DESC, como forma de batallar la falsamente proclamada debilidad intrínseca de esta categoría de derechos, que ha llevado durante años a

---

<sup>57</sup> La referencia a la falta de verificabilidad directa de los estándares está directamente vinculada a la necesidad de formular indicadores específicos que permitan "medir" el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas.

considerarlos como derechos “programáticos” o de “segunda generación”, siempre por detrás de los DCP.<sup>58</sup>

Ahora bien, el hecho de que la formulación de estándares -y el enfoque de derechos en general- se haya realizado teniendo en miras, en mayor medida, a las políticas sociales, no quita que el desenvolvimiento de toda actividad estatal deba ser respetuosa de los derechos humanos<sup>59</sup>. Ello, sumado al principio de interdependencia, consagrado de manera definitiva en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993<sup>60</sup>, lleva a la conclusión ineludible de que el enfoque de derechos debe aplicarse como sistema de evaluación de toda política pública, social o no.

Así, tras haber definido a la política criminal como uno de los sectores de la política estatal de gestión de conflictos, no puede caber duda ya que las elaboraciones realizadas en materia de derechos humanos pensando en políticas sociales pueden –y deben– aplicarse a esta especial política pública.

En otro trabajo hemos analizado la incidencia de los estándares nacidos a la luz de las elaboraciones relativas a las políticas sociales en relación a la política criminal (Ozafrain, 2015). Pero con independencia de la aplicación de los otros estándares del enfoque de derechos, la política criminal tiene uno que le es propio. Es que, aún cuando la política criminal es una más de las políticas públicas del Estado, y no tiene, dentro de la PGC, especificidad alguna en relación a sus fines, sí se caracteriza por el empleo de un medio que le es propio y que no comparte con las otras: la violencia, desplegada generalmente en forma

---

<sup>58</sup> En el estado actual de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los principales estándares utilizados para precisar el contenido de los DESC son los que a continuación se enumeran: 1) contenido mínimo de los derechos; 2) utilización al máximo de los recursos disponibles; 3) progresividad y no regresividad; 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia y mecanismos de reclamo; 6) producción de información y acceso; y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas (Pautassi: 2010, p. 16).

<sup>59</sup> La jurisprudencia de los órganos de protección ha dejado más que claro que cualquier agente estatal en ejercicio de sus funciones, se trate de la que se trate, puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional ante eventuales violaciones a los mismos

<sup>60</sup>Declaración y Programa de acción de Viena (1993), art. I.1.

de privación de la libertad. De este modo y si, como venimos sosteniendo, el principio de *ultima ratio* es un principio que tiene un fundamento normativo firme (aunque no expreso), lo que no puede discutirse es que el sometimiento de las políticas públicas al enfoque de derechos lleva necesariamente a ajustar la política criminal a las exigencias de este principio de *ultima ratio*. Y, si bien no existe un modelo único de política criminal –como no hay un modelo impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para ninguna política-, esta perspectiva genera consecuencias concretas en cuanto a la formulación y ejecución de la política criminal, poniendo un coto, en muchos casos, al empleo de la violencia estatal.

## **5. Algunas consecuencias del principio de *ultima ratio* en la política criminal.**

Como ya hemos dicho, si el principio de *ultima ratio* es una directriz de efectiva vigencia normativa vinculante para los Estados, ello acarrea una serie de consecuencias que impactan de manera directa en la política criminal.

Una política criminal entendida en perspectiva de derechos humanos debe ser *minimalista* –por cuanto la vigencia del principio de *ultima ratio* le impone el empleo de violencia estricta e ineludiblemente necesario- y *democrática* –atento a la indisoluble relación entre derechos humanos y democracia que hemos desarrollado en el capítulo precedente-.

Sin pretender, en modo alguno, que la enumeración sea exhaustiva, analizaremos seguidamente algunas de esas posibles consecuencias.

### **5.1. Diseño del plan político criminal: explicitación de objetivos, plazos e indicadores.**

La política criminal, como toda política pública, debe seguir una serie de pasos ordenados lógicamente. Previo al inicio de este *iter*, es esencial contar con información adecuada.

La producción y el acceso a la información no son sólo cuestiones deseables en todas las instancias de diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de una política pública, sino, antes bien, obligaciones ineludibles. Como acertadamente se ha señalado, *"es imposible pensar en formular una política sin el acceso a información de calidad y de manera suficiente, ya que sin datos empíricos no se puede conocer fehacientemente sobre cuál situación o campo busca actuar la futura política"* (Pautassi, 2010: p. 55).

Así, una vez determinado un ámbito de conflictividad social sobre el que se busca incidir, es ineludible la realización de investigaciones que provean de información sobre dicho ámbito. Dice Binder al respecto que:

*"la determinación de los objetivos requiere estudios básicos que puedan señalar el punto que se ha de tomar como de partida en un proceso social en marcha y las razones para ello; debe explicar qué acciones pasadas condujeron al estado de situación, tanto en los aspectos positivos y negativos (para no repetir errores, para no modificar lo que funciona). Se deben examinar, en consecuencia, tendencias, que hayan sido tanto producto de factores sociales como de la propia acción política; en fin, el tipo de estudio necesario difiere mucho de una simple descripción de lo que 'acontece' en una determinada área de intervención"* (2011: p. 288).

Sólo teniendo esta información es posible abocarse al diseño de un plan político criminal. Y sólo una vez que exista este plan debe procurarse la habilitación parlamentaria del empelo de la violencia a través de la sanción de normas penales.

A la vez, en la etapa de diseño del plan político criminal, deben explicitarse los modos de intervención y los resultados que se esperan. Tal como ya hemos referido, los objetivos generales de la política criminal son los de gestionar la conflictividad social para que esta no se resuelva en violencia y abuso de poder. Se trata de absorber violencia, de disminuir el nivel actualmente vigente en la sociedad, no de aumentarlo.

Desde luego que estos objetivos generales adquieren matices específicos en cada plan político criminal concreto. Si, por hipótesis, se estableciera que en una determinada zona geográfica ha aumentado de manera pronunciada el nivel de robos violentos de automotores y se decidiera avanzar contra esta forma de criminalidad con los instrumentos violentos del Estado, el diseño de dicha política debe explicitar a qué resultados se aspira y en cuánto tiempo.

Estos objetivos pueden cumplirse o no, y luego habrá un momento de evaluación del éxito o fracaso de la política criminal y eventuales instancias de corrección del curso iniciado. Pero lo que sin dudas resulta inadmisibles es la intensificación de la violencia estatal sin objetivos concretos, mensurables y verificables.

La apelación a una presunta función simbólica del derecho penal en virtud de la cual cualquier preocupación social más o menos generalizada se traduce sin solución de continuidad en nuevas normas penales o en penas más altas -sin saberse por qué, qué se busca con ello ni cuál es el verdadero estado de situación en relación a dicho ámbito de conflictividad- resulta, lisa y llanamente, inaceptable. De allí que sea, a nuestro criterio, acertada la propuesta de Binder en relación a que debería ser una exigencia de técnica parlamentaria que toda aprobación de una ley penal deba estar acompañada del pertinente plan de política criminal (2011: p. 337). Lo que es más, ese plan debería fijarse objetivos concretos en términos de gestión de la conflictividad social y reducción de la violencia, con tiempos para el cumplimiento de esos objetivos -a corto, mediano y largo plazo- y con la enunciación de los indicadores que pretenden emplearse para medir el cumplimiento de los mismos. Nada de ello es, claro, lo que se



acostumbra en nuestro medio al momento de proponer reformas penales, por lo que el cumplimiento de este estándar está lejos de ser satisfecho.

De ese modo, la producción de información veraz, precisa y actualizada - y el acceso a la misma por todos, para su control- es lo que distingue a un plan político criminal de la mera violencia estatal injustificada.

## **5.2. Necesidad de verdadera participación democrática en la elaboración de las normas penales.**

La política criminal, como toda política pública, debe ser objeto de discusión y elaboración democrática. La vinculación entre democracia y derechos humanos, ya lo hemos visto, es indisoluble, por lo que concebir la formulación de políticas que no respeten el estándar democrático implicaría, *a priori*, que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Con más razón ello es así cuando el instrumento de la política en cuestión implica una restricción violenta de derechos, con lo cual la necesidad de consenso democrático aumenta sensiblemente.

La política criminal precisa, entre otras cosas, de normas penales, que son aquellas que individualizan una determinada conducta –entendida como un espacio de conflictividad sobre el cual debe intervenir- y habilitan la posibilidad del empleo de violencia en perjuicio de las personas que realicen dicha conducta. Este es el proceso definido por los penalistas como “criminalización primaria” y que, en palabras de Zaffaroni, Alagia y Slokar “es la formalización penal de una conducta en una ley, o sea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena; más claramente, una conducta está criminalizada primariamente cuando está descripta en una ley como delito” (2005: p. 11).

Desde luego, es indispensable que dichas normas sean dictadas en el seno del órgano parlamentario que cada Estado tenga, a través de los representantes elegidos democráticamente (conforme los arts. 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, que ya hemos reseñado en el capítulo precedente), pero ello en sí

mismo no resulta suficiente para abastecer la necesidad de discusión democrática de las normas penales.

Gargarella advierte la existencia de dos peligros que están siempre latentes en el proceso de legislación penal: el populismo y el elitismo penales.

Ya hemos mencionado cómo resulta lamentablemente frecuente que los legisladores, en un esfuerzo superficial por presentarse interesados en los problemas que preocupan a la ciudadanía, traduzcan todo conflicto social en un ámbito de incidencia del poder penal con las ya clásicas respuestas de creación de nuevos tipos penales, endurecimiento extendido de las penas y manodurismo en general. Estas débiles apelaciones a la voluntad popular con fines autoritarios que Gargarella ha denominado "populismo penal" (2009, 2016) no son reflejo de lo que significa una política criminal democrática. Señala en este sentido el constitucionalista argentino que

*"...los populistas tienden a apelar a la 'voluntad del pueblo', pero, de hecho, con frecuencia ellos mismos no se molestan en consultar al pueblo al que apelan; no parecen estar en verdad interesados en colaborar con aquellos a los que invocan constantemente (...) el 'populismo penal' remite a aquellos políticos que dicen hablar en nombre de 'la gente' en relación con el desarrollo de las políticas penales (Pratt, 2007). En general, postulan la adopción de políticas criminales más duras, como si fuera obvio que es lo que el resto de la gente reclama (...) Per lo cierto es que, una vez más, el populismo no toma en serio el carácter inclusivo de la democracia: por lo tanto, a pesar de la retórica, simplemente se convierte en otra versión del elitismo penal"* (Gargarella, 2016: p. 219).

Entiéndase bien: el hecho de que una determinada problemática afecte más o menos intensamente a un grupo determinado de personas que reclame en

virtud de ello no quiere decir que este reclamo sea expresión de los deseos de la generalidad de la ciudadanía, y aún si lo fuera, esta mera constatación no abastece el estándar democrático que exige una deliberación profunda y desarrollada en distintos ámbitos.

Por ello es que, concluye Gargarella,

*“uno de los principales dramas de la Argentina contemporánea tiene que ver, justamente, con la negación de la palabra a secciones enteras de la comunidad. Tomar en serio lo que quiere ‘la gente’, en materia penal por ejemplo, debiera llevarnos a recuperar –con urgencia– las voces no escuchadas y silenciadas, antes que a dar autoridad a los reclamos de sus repentinos voceros o profetas” (2009).*

Pero tan peligroso como este populismo penal resulta el elitismo penal, esto es, poner en manos de unos pocos elegidos la suma del poder para el diseño de la política criminal. En palabras de Gargarella, *“si las elites del caso no se abren al franco (re)conocimiento de las ‘voces ausentes’ –las voces más débiles de la sociedad– la reforma comienza a sesgarse, imperceptiblemente, hacia territorios más cercanos al interés de sus autores, y más alejados de las necesidades del resto de la población” (2016: p. 254).*

En síntesis: es tan peligroso traducir cualquier preocupación social más o menos generalizadas en normas penales más duras como acometer reformas punitivas que nadie ha pedido ni representan los intereses ciudadanos.

Tal como señala Gargarella,

*“el sufragio resulta, todavía, una herramienta demasiado ‘torpe’ para contribuir al establecimiento de un diálogo entre los representantes electos y sus electores. La riqueza de las demandas, reproches y elogios presentes en cualquier acto electoral resultan*

*inmediatamente opacados por la rigidez de los resultados de los comicios*” (2002: p. 3).

El hecho de votar representantes cada dos años para el parlamento no es en sí mismo suficiente para garantizar la participación de la ciudadanía en actos de tan alta trascendencia como la formulación de la política criminal.

Por ello es que, a fin de que toda solicitud de habilitación de poder penal –a partir de eventuales reformas legislativas- tenga legitimidad, el proyecto debe abrirse al debate en todos los ámbitos posibles, y no sólo en el parlamento (Gargarella, 2002).

El estándar de participación democrática en el diseño de la política criminal requiere un diálogo realmente abierto a todos y todas, y, en especial, a las voces de los que históricamente se han visto impedidos de participar en estos debates. Se impone entonces redoblar esfuerzos a fin de abrir vías de comunicación a toda la ciudadanía –sean ONG, grupos de interés, o meros particulares- para que conozca el proyecto, pueda expresar sus opiniones, y, especialmente, que las mismas tengan incidencia en la norma que finalmente se apruebe.

### **5.3. La inflación penal como categoría sospechosa.**

Hemos ya señalado que la política criminal es una política cuyo medio implica, de mínima, la restricción violenta del derecho a la libertad personal. Como toda restricción de derechos, su interpretación debe ser restrictiva, y sometida a un escrutinio estricto de legalidad. Este riguroso estándar se agrava en el caso del poder penal, toda vez que, además de ser una restricción de derechos, es una restricción violenta.

El criterio de escrutinio estricto de la legalidad agravado debe aplicarse, en general, a todo cambio en la PC tendiente a la receptación de nuevas

conductas como punibles, al incremento de los montos de las penas o, en general, a restringir un ámbito de libertad previamente reconocido a las personas.

Por ello es que no resultaría descabellado sostener que toda política criminal inflacionaria puede calificarse como "categoría sospechosa". El concepto se refiere a la presunción de invalidez que recae sobre ciertas categorías, que trae como consecuencia la necesidad de probar acabadamente lo contrario, y, asimismo, de someterla a un escrutinio estricto de legalidad a fin de verificar su compatibilidad con los estándares reconocidos convencional y constitucionalmente.

¿Implica ello que todo cambio en la política criminal debe ser, siempre y necesariamente, en pos de la reducción del poder punitivo? Aunque podría sostenerse con firmes fundamentos que ello sería lo deseable, no necesariamente resulta así.

Desde otro punto de vista -vinculado con el principio de progresividad y las políticas sociales-, se ha sostenido la posibilidad de que una medida en particular de aparente carácter regresivo se encuentre justificada en el contexto de lo que pretende lograrse en términos de disfrutes de otros derechos. Pero si este fuera el caso *"el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos..."* (Pautassi, 2010: p. 35)<sup>61</sup>.

En similar sentido, la calificación de la política penal inflacionaria como categoría sospechosa –susceptible de ser deducida del estándar de necesidad agravado que constituye el principio de *ultima ratio*- llevaría a poner en cabeza de los agentes estatales la obligación de demostrar que la restricción violenta de

---

<sup>61</sup> En este mismo sentido se ha expedido el CDESC en su O.G. n° 3, párr. 3º: *"Cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo del os recursos que se dispone"*.

derechos en este caso garantiza una disminución del nivel de violencia social, antes que su aumento.

Se establece así la obligación ineludible de los órganos estatales de explicitar los motivos en virtud de los cuales se avanza con una política de restricción violenta de derechos, cuáles son los objetivos que se persiguen con ella, y cómo es que el avance sobre las libertades individuales se encuentra en este caso justificado.

#### **5.4. Seguimiento y control de los planes político criminales: ¿y si la política criminal fracasa?**

Hemos señalado ya la importancia de la producción y el acceso a la información en la instancia de diseño de la PC. Pero además de esta etapa previa que permite conocer el estado de situación anterior a la implementación de la política, y que resulta una exigencia ineludible para la elaboración de un plan político criminal serio que acompañe la habilitación legislativa de poder punitivo, la información resulta necesaria para controlar el ejercicio de ese poder a través de la implementación de la política, y para evaluar la consecución –o falta de ella– de los objetivos propuestos en los plazos fijados en el programa. Ello resulta de vital importancia pues, como ya hemos repetido hasta el hartazgo, la política criminal implica la restricción violenta de derechos de los ciudadanos de formas que es mejor evitar por todos los medios.

De este modo, una vez iniciada la etapa de ejecución, y cumplidos los plazos establecidos, puede ocurrir que un determinado plan político criminal se muestre claramente inefectivo a los fines de incidir favorablemente en un ámbito determinado de conflictividad violenta. Si ese fuera el caso, el empecinamiento en la prosecución de ese plan resulta injustificado y susceptible de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos. Se impone así la necesidad de derogar el plan o modificarlo a fin de que el mismo pueda, efectivamente, cumplir con los objetivos trazados.

Una vez más, la producción de información precisa que nazca del proceso de monitoreo durante la ejecución del plan político-criminal aparece como una obligación ineludible del Estado.

#### **5.5. La micropolítica criminal: medios alternativos de resolución de conflictos, derechos y participación de la víctima.**

La política criminal es susceptible de ser analizada en, al menos, dos dimensiones. La primera, que se encuentra inserta –como hemos visto– en la teoría general de las políticas públicas y vinculada al diseño y ejecución de planes político criminales, es la denominada “macropolítica criminal” (Binder, 2014: p. 42). Pero a su vez, existe otra dimensión, vinculada al desarrollo de casos particulares a través del proceso penal.

La macropolítica criminal lidia con regularidades sociales (Binder, 2014: p. 50). Los casos aislados, en general, escapan a su campo de intervención. Es que, en su objetivo de gestión de la conflictividad para disminuir los niveles de violencia, la preocupación de la política criminal está centrada en aquellos fenómenos especialmente agresivos y de extensión relevante. Ahora bien, el modo de ejecución de la política criminal es a través de la persecución de casos individuales, que, a fin de lograr una eventual imposición de pena, deben pasar primero, obligatoriamente, por el proceso penal. El desarrollo de casos individuales con interés político criminal es el ámbito de acción de una segunda dimensión: la micropolítica criminal (Binder, 2014: p. 77).

Hemos visto hasta ahora diversas incidencias particulares del principio de *ultima ratio* en las distintas etapas de la macropolítica criminal. Pero, como es obvio, la micropolítica criminal está tan ceñida al cumplimiento del estándar de *estricta necesidad* como la dimensión macro.

En primer término, debe recordarse que, en la mayoría de los ordenamientos procesales de nuestra región, es el Ministerio Público Fiscal el

encargado de llevar adelante los procesos penales<sup>62</sup>. Contra la idea vulgar de que el Fiscal debe llevar adelante todos y cada uno de los delitos de los que tome conocimiento se opone, en primer término, la realidad. Sobradamente demostrado está que resulta lisa y llanamente imposible llevar adelante procesos penales y lograr condenas en todos los casos. Pero además de materialmente imposible, ello resultaría contrario al principio de *ultima ratio*, por cuanto, en muchos de esos supuestos particulares se estaría introduciendo innecesariamente violencia en un caso en el que ella no está justificada por la necesidad –principio de economía de la violencia-. La selección de casos existe, sea deliberada o no. Por ello es que, antes que dejarla librada al azar, el órgano encargado de la acusación debe regirse en este proceso de selección por claros criterios de relevancia político-criminal.

Una primera directriz en este sentido, ya lo hemos dicho, es la evaluación del valor político criminal del caso, esto es, la incidencia que el mismo puede tener –por su importancia, impacto o carácter representativo- en la consecución de los fines establecidos en el plan político-criminal específico.

El segundo criterio rector, siempre presente, es el del nivel de violencia. En casos de escasa agresividad, o de baja afectación de los derechos de las personas, la aplicación de pena, antes que reducir los niveles de violencia social, los amplía.

Finalmente, una regla de vital importancia, impone considerar siempre la voluntad de la víctima. La tutela de los derechos de las víctimas –individuales o colectivas- es una de las preocupaciones principales de la política criminal (Binder, 2014: p. 305): una de las peores formas de intensificación de los niveles de conflictividad social es la impunidad, máxime cuando la misma es percibida por la sociedad como un estado general de cosas. Y precisamente porque la víctima es uno de los mayores valores a considerar en el despliegue de la política

---

<sup>62</sup> Con algunas contadas excepciones, en organizaciones procesales en las que las tareas de acusación y juzgamiento están fundidas en un solo órgano, en clara violación a la garantía de juez imparcial prevista, entre otras disposiciones, en los arts. 8.1. CADH y 14.1 PIDCP.



criminal, es que su voluntad debe ser especialmente considerada al momento de decidir la aplicación de castigo violento, o de descartar este tipo de respuesta. En casos de baja intensidad de violencia, o de afectaciones meramente económicas – pequeños hurtos, accidentes de tránsito, conflictos vecinales de escasa magnitud – muchas veces suele ser la propia víctima la que manifiesta su desinterés en que la acusación penal se ejerza, sea porque no quiere prolongar un conflicto que considera saldado, porque no quiere causarle un grave perjuicio al acusado, o porque entiende que sus pretensiones se verían mejor satisfechas por otras medidas no violentas.

Cada caso particular debe ser analizado en su integralidad a la luz de los criterios antes reseñados, y las respuestas deben admitir siempre un cierto nivel de plasticidad, pero en casos de baja intensidad de violencia, escasa relevancia político-criminal y/o desinterés de la víctima en la respuesta violenta, la aplicación de pena aparece, *a priori*, como injustificada.

Debe recordarse siempre que, por imperio del principio de respaldo o de subsidiariedad, la mera circunstancia de que, en un caso concreto, se decida no aplicar pena, no quiere decir que el conflicto quede sin respuesta. Ya hemos visto cómo existen múltiples instancias de intervención con diversas modalidades, que preceden lógicamente al castigo violento y son siempre preferibles. De hecho, uno de los grandes problemas de la justicia penal es la sobrecarga endémica que la misma padece, producto de la debilidad estructural de estos otros niveles de intervención, que no hace sino resentir la posibilidad de incidencia eficaz de la política criminal (Binder, 2011: p. 229).

Por ello es que las normas procesales modernas prevén ciertos mecanismos de reubicación de los conflictos en distintos niveles de intervención no violentos que permiten aliviar en algún porcentaje esta sobrecarga. Una primera alternativa es, lisa y llanamente, la desestimación del caso. Pero aún cuando esta es una opción válida, existe una amplia gama de respuestas no violentas que permiten ajustar la solución del caso a las expectativas de los intervinientes.

Estas “válvulas de escape” al castigo violento suelen denominarse dentro del proceso penal como “medidas alternativas de resolución de conflictos”. Esta denominación, desde la perspectiva del principio de *ultima ratio*, aparece como desacertada, en la medida en que trae implícita la idea de que la pena es, antes que el último recurso, el principal, y que el resto de las respuestas son meras alternativas a esta *prima ratio*. Pero con independencia de cuestiones terminológicas, lo cierto es que respuestas como la mediación entre las partes, la suspensión del proceso a prueba bajo condiciones o la imposición de sanciones no violentas como los trabajos comunitarios, no se emplean con la frecuencia con la que podría hacerse, generando así empleos inútiles de violencia social.

La vigencia del principio de *ultima ratio* en la selección de casos para la aplicación de medios alternativos acarrea una serie de consecuencias. En primer lugar, debería considerarse inválida toda prohibición general de aplicar medidas alternativas a determinadas categorías de delitos. Por imperio del principio de no naturalización, ninguna clase de conflicto justifica por sí mismo, ineludiblemente y en todo caso, la aplicación de castigo violento. Tal respuesta obedece siempre a una decisión político-criminal que debe estar justificada, no de manera abstracta, sino en relación al caso concreto.

Tampoco corresponde, consecuentemente, considerar que algunas características personales de los individuos involucrados en un conflicto penal, como ser la circunstancia de contar con antecedentes condenatorios, les impide acceder a este tipo de salidas alternativas, puesto que no se trata de conceder “beneficios” a los acusados para que logren su impunidad sino de aplicar la mejor solución para disolver la violencia del conflicto.

A su vez, y en esto se debe ser muy enfático, debe tenerse presente, siempre y en todo caso, la voluntad de la víctima. Aún cuando a criterio del acusador la aplicación de pena estaría en algún caso particular justificada, suele ocurrir que la aplicación de medios alternativos resulta no sólo más eficaz – entendidos de manera creativa, como modos de reparación y de imposición de condiciones que permitan garantizar que la conflictividad social no aumente sus

niveles de intensidad- sino, además, más satisfactoria para los intereses de la víctima –que, antes que ver a una persona encarcelada, puede preferir una reparación del daño causado y la promesa de que no volverá a ser ofendido en el futuro-.

De este modo, la aplicación de los mal llamados “medios alternativos” es una clara consecuencia del principio de *ultima ratio* en la micropolítica criminal y, como tal, su empleo no debe ser arbitrario ni excepcional, sino amplio y sometido a claras reglas de selección de casos en función de criterios de relevancia político-criminal y de primacía de la respuesta no violenta.

#### **5.6. Principio de *ultima ratio* y sistemas de justicia de los pueblos indígenas.**

En el capítulo III hemos reseñado las normas internacionales referidas a la jurisdicción indígena y la obligación estatal de respetarla y garantizar su autonomía ¿Cuál es, entonces, el significado y, fundamentalmente, cuáles las consecuencias prácticas de estas disposiciones, a la luz del principio de *ultima ratio*?

Para empezar, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al respeto, sostenimiento y refuerzo de su cultura, y dentro de ella, de sus instituciones jurídicas y de sus sistemas de resolución de conflictos – expresamente reconocido, como ya hemos dicho, en los artículos 8.1, 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT, y 5, 33.2, 34 y 35 de la UNDRIP– implica que siempre que un miembro de pueblo indígena cometa una ofensa (*offence*, en los términos de la versión inglesa del Convenio) corresponde en primer término a los pueblos indígenas lidiar con ella, sometiéndola a sus propios sistemas de resolución de conflictos y a la imposición de eventuales sanciones.

De este modo “ante la prueba de que en el caso se han aplicado -o la comunidad desea aplicar- métodos tradicionales de resolución de conflictos, los órganos penales del Estado deben abstenerse de actuar” (Gomiz y Salgado, 2010: p. 159).

Ahora bien, por tratarse de un derecho de los pueblos indígenas –y no de una imposición–, existe la posibilidad de que los mismos decidan

*“renunciar a la aplicación de sus propios procedimientos, ya sea con carácter general o en casos particulares (en tanto ello no implique violación a la igualdad entre sus miembros), lo que podría suceder, por ejemplo, si la propia organización indígena no se considera suficientemente consolidada como para asumir dichas responsabilidades debido a que la pérdida de autonomía provocada por la hegemonía estatal erosionó los propios sistemas”* (Gomiz y Salgado, 2010: p. 162)

El límite que el propio Convenio 169 y también la UNDRIP establecen para la aplicación de la justicia comunitaria y el derecho consuetudinario reside en el cumplimiento de los estándares mínimos de derechos humanos consagrados en los sistemas internacionales de protección<sup>63</sup>. Este tipo de disposiciones resultan sumamente complejas de interpretar, y no están exentas de críticas, pero en lo esencial, se entiende que *“el sistema jurídico indígena tiene prioridad sobre el derecho estatal siempre que no transgreda los derechos fundamentales que, por encima de aquellos estándares internacionales mínimos, define el sistema jurídico nacional”* (Gomiz y Salgado, 2010: p. 154).

Las mayores dificultades en la interpretación y aplicación de estos límites radican en determinar en qué consiste la presunta incompatibilidad y quiénes son los que deben decidir sobre ella. Si bien la cuestión no está en modo alguno saldada al día de hoy, el propio Convenio 169 establece que las eventuales dificultades que puedan surgir en la aplicación de este principio deben resolver a través de la implementación de procedimientos especiales<sup>64</sup> que, como es obvio,

---

<sup>63</sup> arts. 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT y art. 34 in fine UNDRIP.

<sup>64</sup> Art. 8.2, última parte del Convenio 169 OIT.

no pueden ser llevados delante de manera unilateral por el Estado y sus representantes, sino que deben contar, indispensablemente con participación de los pueblos indígenas afectados, en virtud de la vigencia y operatividad del derecho de consulta previa<sup>65</sup>.

Silvina Ramírez propone que, para determinar la preferencia por uno u otro sistema, debe compararse, en el caso concreto, la lesividad de las sanciones previstas en ambas jurisdicciones para el mismo delito (1999: p. 73). Si bien la autora reconoce luego las dificultades en la medición de estos “grados de lesividad” afirma -con razón- que este criterio debe llevar a descartar, al menos, aquellas sanciones absolutamente prohibidas, como la pena de muerte y -este agregado es nuestro- las torturas. Así, la preferencia (excepcional) por el sistema “oficial” sólo podrá estar dada por la menor intensidad -en términos de violencia- de éste respecto de las sanciones previstas en el sistema comunitario.

Pero aún en el caso en que -por renuncia de los pueblos indígenas, o por tratarse de uno de los casos de excepción que hemos señalado- la imposición de una sanción penal a un miembro de un pueblo indígena deba dirimirse por ante los órganos jurisdiccionales del Estado, este debe tener en cuenta las costumbres de su pueblo, tanto al momento de valorar su conducta y determinar, eventualmente su culpabilidad, como en oportunidad de calibrar la calidad y el monto de la sanción a imponer.

Aquí es donde el art. 10 del Convenio de la OIT cobra absoluta relevancia, en tanto es una manda directa que conmina a preferir siempre respuestas alternativas a la restricción violenta de derechos que es la cárcel.

De lo hasta aquí desarrollado se evidencia que, si la primacía de la respuesta no violenta en la resolución de conflictos es la regla general en los sistemas de justicia indígena y en el derecho consuetudinario que estos aplican, por oposición a la extendida aplicación de la cárcel como respuesta a los delitos en la justicia “estatal”, resulta que entre el principio de *ultima ratio* y el

---

<sup>65</sup> Art. 6 del Convenio 169 OIT, y art. 19 UNDRIP, entre otros.

reconocimiento de la autonomía indígena existe una retroalimentación, que favorece y refuerza la vigencia de ambos derechos como claves de la gestión de conflictos al interior de las comunidades, en la medida en que la preferencia por la respuesta no violenta implica en la enorme mayoría de los casos, la canalización de conflictos a través de los modos de gestión comunitarios y, estos, por su parte, suponen una reducción constante de la sanción violenta restrictiva de derechos.

## **6. Conclusiones del capítulo.**

La política criminal, como toda política pública estatal, debe ajustarse a estrictos estándares de diseño, ejecución, monitoreo y evaluación que le vienen dados por el denominado enfoque de derechos, cuyo incumplimiento supone la violación por parte de los Estados de las obligaciones asumidas internacionalmente. Con independencia de la vigencia de otros estándares, la política criminal debe evaluarse bajo la vara del estándar de estricta necesidad que constituye el núcleo del principio de *ultima ratio*. Así, se derivan de este principio una serie de consecuencias concretas, entre ellas: la obligación de explicitar objetivos, plazos e indicadores en el plan político-criminal previo a requerir la habilitación parlamentaria de poder penal; la necesidad de verdadera participación democrática en la elaboración de las normas penales; la caracterización de la inflación penal como categoría sospechosa; la obligación de abandonar o modificar los planes político-criminales manifiestamente ineficaces; el empleo generoso y sometido a criterios claros de selección de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos; el respeto de los derechos y participación de la víctima; el refuerzo de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas.

La enumeración de consecuencias que hemos ensayado no pretende, en modo alguno, ser exhaustiva, ya que sin duda pueden imaginarse muchas otras áreas concretas de incidencia del principio de *ultima ratio*. Pero estas que hemos elegido referir nos parecen ineludibles.

Ahora bien, con independencia de los ejemplos concretos, de lo que se trata, sencillamente, es de imprimir a la política criminal contemporánea –sin duda, expansiva y, acaso, desbocada– la idea de cautela que desde las elaboraciones de los penalistas ilustrados, vienen indisolublemente asociadas al principio de *ultima ratio*, en la medida en que este principio no es ya una práctica deseable, dependiente de la buena voluntad de los gobernantes, sino una verdadera exigencia de carácter normativo, esta cautela.

Las consecuencias que hemos enumerado y todas las otras que razonablemente puedan deducirse del estándar de estricta necesidad, constituirán, desde esta perspectiva, verdaderas obligaciones estatales cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad internacional.

## VII. A modo de síntesis.

Al iniciar este trabajo nos propusimos, como primera parte del plan, establecer un diagnóstico del estado de cosas. A tales efectos, decidimos indagar en tres ámbitos de interés: el doctrinario, el normativo y el relativo a la tarea de los órganos de protección.

En el primero de los tres grandes campos de análisis, nos demoramos en el estudio del poder penal, en el entendimiento de que las elaboraciones relativas al principio de *ultima ratio* en tanto límite exigían, antes que nada, una acabada comprensión del objeto limitado.

El poder penal -entendido en sentido amplio, en tanto empleo de violencia como forma de respuesta a la conflictividad social, con un cierto grado de organización- tiene profundas raíces históricas, rastreables en las más tempranas formas de sociedad humana. Si este deriva del deseo de venganza individual o grupal, o bien del traslado del pensamiento mágico de las prohibiciones tabú a la sociedad civil es, a los efectos de este trabajo, anecdótico. Pero ambas tesis -que, en el devenir histórico no habrían resultado incompatibles- prefiguran caracteres importantes del poder penal. Primero, la exigencia de que se emplee siempre como respuesta a una situación de conflicto



intersubjetivo, y no sólo ante la mera infracción al orden establecido por la autoridad. Segundo, la vinculación de la respuesta punitiva sólo con las más graves de las ofensas susceptibles de ser cometidas.

Así como existe una larga genealogía del poder penal, también se puede rastrear desde muy temprano en la historia de la humanidad el relato de los límites a este poder, que nunca se ejerció de manera incontenida. Principios moderadores del castigo como el talión, incorporado en las primeras formas de codificación penal de las que se tiene registro, son prueba de ello.

El programa reductor del poder penal se vincula innegablemente con el movimiento del penalismo ilustrado de los siglos XVIII y XIX, pero es tributario de estas ideas de moderación que desde antiguo se vienen sosteniendo. A este movimiento obedecen las más claras elaboraciones en relación al principio de *ultima ratio*.

La reseña doctrinaria de los autores más representativos del penalismo ilustrado –Carrara y Beccaria- y de dos relevantes exponentes de las teorías contemporáneas –Binder y Ferrajoli- hizo evidente la continuidad de determinadas directrices conceptuales vinculadas al principio de *ultima ratio*.

En primer lugar, todos los autores referidos parten desde un punto de vista utilitarista que exige, de mínima, la moderación en el empleo de poder penal, por cuanto el castigo violento debe servir para el cumplimiento de alguna función. Este criterio es, desde luego problemático, porque implica, entre otras cosas, ponernos de acuerdo en relación a cuál es la utilidad del poder penal, pero con independencia de este válido interrogante –para el cual los autores referidos no señalan una única respuesta-, lo cierto es que, consagrado este criterio, ya no podrá afirmarse que el poder penal se ejerce sin saber por qué, ni qué función cumple –si es que cumple alguna-. Tal función debe ser hallada, debe manifestarse en circunstancias concretas, ser tangible y susceptible de ser mensurada.

Pero no basta con demostrar que el castigo violento cumpliría satisfactoriamente con esta hipotética misión social, sino que debe probarse que

los instrumentos no violentos resultan inútiles para el cumplimiento de los mismos fines. En la medida en que otros modos de gestión puedan cumplir con estas finalidades, el ejercicio del poder penal deviene injustificado. Nadie lo ha expresado con mayor claridad que el marqués de Beccaria, que ha denunciado como despótico todo poder penal que se ejerza de manera innecesaria. Esta es la idea frecuentemente referida como *principio de subsidiariedad* o, en palabras de Binder, *principio de respaldo*. También de allí surge la conocida fórmula del empleo del castigo violento sólo como *último recurso*.

Este concepto base de *estricta necesidad*, del que se desprenden la idea de utilidad y el principio de subsidiariedad o respaldo, son una constante en los desarrollos de todos los autores que hemos reseñado. Aún con las marcadas diferencias que tienen sus respectivos desarrollos teóricos, todos, de un modo u otro, han aludido a estas continuidades.

En esta misma reseña doctrinaria hemos aludido también a aquellas posturas que negaban autonomía conceptual al principio de *ultima ratio*. Tras analizarlas, no nos quedan dudas de que el referido principio goza de una saludable autonomía, y que no puede ser identificado con los principios de proporcionalidad del derecho público, ni con los límites externos a la política criminal que provienen del sistema de garantías, si no es a partir de la confusión de los campos de incidencia y aplicación de unos y otros.

En el segundo de los ámbitos de interés, el normativo, el estudio empezó bastante antes del nacimiento del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el análisis de los instrumentos que lo prefiguraron.

El ideal iluminista de los pensadores de la Ilustración fue el fundamento teórico del que las revoluciones burguesas se sirvieron para la elaboración de los instrumentos que, a partir de la consagración de las libertades públicas, limitarían el poder público y darían nacimiento a los Estados modernos.

La más trascendente de las declaraciones nacidas al calor de las revoluciones burguesas fue la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Aún cuando la misma reconoce antecedentes más o menos

directos en la Declaración de Virginia de 1776 y las otras declaraciones de los Estados Americanos que tuvieron lugar en la misma época, también cuenta con algunas formulaciones propias y, hasta entonces, inéditas. Entre ellas, la primera consagración normativa expresa del principio de *ultima ratio* en el art. 8 de la Declaración -principio que adquirió carácter vinculante cuando la referida declaración fue incorporada a la Constitución Francesa de 1791-. Fórmulas de similar tenor tuvieron cabida, también, en las Constituciones de los años 1793 y 1795.

El nacimiento de los derechos humanos tal y como los entendemos hoy en día tuvo lugar a partir del establecimiento de instrumentos y sistemas internacionales de protección. Antes de ello, sólo puede hablarse de libertades públicas o de libertades individuales, que si bien se reconocen como antecedentes medianamente cercanos, carecen, entre otras cosas, de la vocación de irrestricta universalidad de los derechos humanos.

Los instrumentos de derechos humanos surgidos a partir de 1948, tanto declarativos como convencionales –DUDH, DADDH, PIDCP, CADH- toman muchas de las formulaciones de las declaraciones que los precedieron. En lo que aquí nos interesa, principios como el de culpabilidad, irretroactividad de la ley penal y otras garantías procesales fueron receptadas, en ocasiones, con formulaciones casi idénticas a las de las declaraciones de finales del siglo XVIII. Pero ello no ocurrió con el principio de *ultima ratio*, que carece de una formulación normativa expresa en estos instrumentos.

Las razones de esta “desaparición” no son claras y por ello sólo cabe conjeturar. Binder sostiene que la tradición anglosajona se impuso en este tema por sobre la occidental. A nosotros no nos parece imposible pensar que la consagración de finalidades como la resocialización asociadas al tratamiento penitenciario y a la pena en general hayan motivado la exclusión de un principio que podría entenderse contradictorio con ellas.

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos hace testigos de la reaparición parcial del principio de *ultima ratio*, en

instrumentos específicos alusivos a dos tipos de sujetos especialmente protegidos: los niños, niñas y adolescentes por un lado, y los miembros de pueblos indígenas por el otro.

En concreto, fórmulas claras del principio de *ultima ratio* se han plasmado en el art. 37.b CDN -leído a la luz del art. 40 de la misma Convención- y en el art. 10 del Convenio n° 169 de la OIT –que se complementa con los arts. 8 y 9 del mismo Convenio y con los arts. 5 y 33 a 35 de la UNDRIP-.

Estas reapariciones parciales podrían explicarse a partir de las especiales condiciones de los sujetos protegidos. Los niños deben ser tratados como sujetos en formación y por lo tanto, emplearse respecto de ellos las medidas menos nocivas que permitan reforzar en ellos su vocación de respeto a los derechos humanos y de constituirse en sujetos constructivos de la sociedad –en palabras del art. 40 CDN-. Respecto de los miembros de pueblos indígenas, atento a que la aplicación del castigo violento no es frecuente en ellos como medio de resolución de conflictos y que la institución de la prisión les resulta, en muchos casos, extraña, la imposición de este tipo de sanción resultaría en su caso doblemente aflictiva y, por lo tanto, discriminatoria. Pero si esto fuera así, podría deducirse de ello que no existe un principio de *ultima ratio* susceptible de ser invocado con carácter general a favor de todas las personas.

A esta indudable anemia normativa en relación al principio de *ultima ratio* en los modernos instrumentos de protección de los derechos humanos debería corresponderle, razonablemente, la falta de referencia y aplicación del referido principio por parte de los órganos de protección, pero al bucear en el tercero de los grandes ámbitos de estudio –el vinculado al desarrollo de las elaboraciones de dichos órganos-, advertimos que ello dista mucho de ser cierto.

El principio de *ultima ratio* se ha colado por donde ha podido en la jurisprudencia de los órganos de protección. La Corte IDH ha formulado reiteradas y muy claras referencias al mismo en su jurisprudencia contenciosa, las más de las veces vinculados a supuestos de afectación de la libertad de expresión a través de normas penales –como queda demostrado con la saga de

fallos "Herrera Ulloa", "Canese" y "Kimel". Pero, desde luego, las consideraciones de los órganos de protección no tienen por qué ser entendidas como limitadas a este campo específico y, antes bien, exhiben una clara vocación expansiva. La Corte IDH no ha dudado en afirmar que el ejercicio del poder penal en una sociedad democrática debe ser minimalista y sujeto al principio de *ultima ratio*, consideraciones que tienen carácter general, y no sólo aplica a la restricción del derecho a la libertad de expresión.

En el fallo "Mendoza", relativo a la aplicación de condenas perpetuas en casos de delitos cometidos por niños y niñas, la Corte IDH deja entrever una idea interesante: que todo encarcelamiento impuesto en violación al principio de *ultima ratio* puede ser considerado como arbitrario, y por ende, ilegítimo.

El análisis de la producción de la CIDH exhibe un recorrido semejante, con formulaciones claras del estándar de necesidad identificable con el principio de *ultima ratio*, en las que la preocupación principal ha sido la situación de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, y las normas penales restrictivas de la libertad de expresión.

El Comité de Derechos Humanos, y los órganos de Naciones Unidas en general, son menos claros en este sentido. De hecho, de la Observación General n<sup>º</sup> 35 del Comité -leída sin tener en cuenta el resto de las elaboraciones del mismo órgano- podría concluirse que para el Comité de Derechos Humanos, los Estados no están ceñidos por el principio de *ultima ratio* en el empleo de la cárcel como sanción por delitos –al menos, en la generalidad de los casos-.

Pero contra esta primera impresión, el principio de *ultima ratio* aparece como telón de fondo, por ejemplo, en varios de los informes de países. De la lectura de estos informes queda claro que, para el Comité, el poder penal no siempre es una herramienta legítima para lidiar con los problemas sociales de la que el Estado puede echar mano cuando le plazca. Ante ciertas circunstancias – abortos practicados en casos de violación o riesgo para la salud de la madre, normas penales restrictivas de la libertad de expresión, lucha contra las adicciones, la problemática de los *homeless* o de los niños de la calle- la

criminalización repugna a las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos e impone el empleo de medios no violentos.

Curiosamente, una de las más claras formulaciones del principio de *ultima ratio* –y, fundamentalmente, de sus concretas consecuencias prácticas- la encontramos en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad –reglas de Tokyo-. Estas reglas aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas son, en principio, “soft law” –no revisten, por sí mismas carácter obligatorio-. Pero cuando el Comité de Derechos Humanos las invoca en muchos de sus informes finales sobre países, instando a los Estados a respetarlas, está afirmando que las referidas reglas informan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o, al menos, el contenido mínimo que debe entenderse comprendido dentro del PIDCP. De este modo, aún sin decirlo expresamente, el Comité de Derechos Humanos está afirmando la obligatoriedad del principio de *ultima ratio*.

En síntesis, si bien es cierto que las referencias no abundan y su desarrollo es fragmentario, estas existen y son, las más de las veces, muy claras. De ellas, por consiguiente, puede inferirse que el principio de *ultima ratio* no es extraño a la protección de los derechos humanos.

Pero si los órganos de protección entienden que el principio de *ultima ratio* – pese a su falta de consagración expresa- tiene vigencia dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se impone dilucidar cuál es, entonces, el fundamento normativo implícito de este principio.

Culminado el análisis de los tres ámbitos de estudio que nos habíamos propuesto –el conceptual, el normativo y el relativo a las elaboraciones de los órganos de protección-, nos abocamos a la búsqueda de este fundamento normativo del límite al poder de castigar, para lo cual se imponía, en primer término, formular una caracterización –también normativa- de la pena de prisión, el modo más extendido de ejercicio del poder penal en los últimos doscientos años. Postulamos, en este sentido, que la pena de prisión era una *restricción violenta de derechos*.

Esta caracterización se desprende, en primer lugar, de las referencias de los órganos de protección. Así, en la ya referida Observación General n° 35 del Comité de Derechos Humanos se deja entrever que la pena de prisión es considerada por el Comité como *una estricta restricción de movimientos en un espacio limitado que afecta la libertad personal (entendida, precisamente, como ausencia de confinamiento físico) y que se produce sin el libre consentimiento de la persona cuya libertad se restringe*. En sentido semejante se expresa también la CIDH.

La pena de prisión es, pues, una restricción de derechos. Pero, a más de ello, se trata de una restricción *violenta*.

Para sostener esta postura, nos abocamos a la caracterización de la violencia, tarea nada sencilla –y, posiblemente, destinada al fracaso, si lo que se pretende es acuñar un concepto universalmente válido, comprensivo de todas las formas de violencia-. Nos contentamos, a los fines de este trabajo, con relevar una serie de notas que son propias de la violencia, indagando para ello en el ámbito doctrinario, en el lenguaje común y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dicha búsqueda nos permitió concluir que *lo propio de la violencia es el empleo de fuerza dirigido hacia una persona o grupo de personas, no consentido, que genera una afectación considerable de su integridad personal y que tiene siempre carácter instrumental*.

Y la pena de prisión comparte todas estas notas. En efecto, cabe señalar en primer lugar, que el confinamiento de individuos en cárceles sólo se logra a través del empleo de la fuerza pues, aún cuando este no se haga efectivo, la amenaza de la fuerza está siempre latente.

Además, la privación de la libertad que supone la pena de prisión es, por definición, un sometimiento no consentido. Cualquier hipótesis en la que el confinamiento a un espacio limitado dependa de la voluntad de quien la sufre no puede ser considerado privación de libertad, conforme lo señalara el Comité de Derechos Humanos en la O.G. n° 35.

En tercer lugar, la prisionización tiene inevitables efectos deteriorantes tanto físicos como psíquicos. La integridad personal del prisionizado se encuentra en permanente riesgo durante el tiempo que permanece encarcelado, cuando dicho riesgo no se plasma en afectaciones concretas de la integridad. El perjuicio psicofísico es evidente.

Finalmente, la pena de prisión no es nunca pura potencia desplegada contra los prisionizados. Todos los discursos relativos a la prisión, críticos o no, le atribuyen a la misma una función. De modo que, con independencia de que no hay real acuerdo sobre cuál es el fin para el que la pena de prisión resulta ser el medio, lo cierto es que esta nunca ha sido aplicada *porque sí*, sino en pos de alguna función específica atribuida a ella, lo que la dota, por tanto, de un indudable carácter instrumental.

De allí que, insistimos, si la pena de prisión es una restricción de derechos y comparte las notas propias de la violencia, podamos definirla normativamente como restricción violenta de derechos. Ahora bien, ¿qué consecuencias tiene esa caracterización?

Para empezar, que son aplicables a la pena de prisión todas las normas y elaboraciones de los órganos de protección relativas a la restricción de derechos. Esta restricción es una forma de limitación de derechos, a medio camino entre la reglamentación y la suspensión, que se encuentra, en los órganos de protección, sometida a claros estándares de legitimidad.

La restricción, en primer término, tiene una exigencia formal: la de ser consagrada por una ley dictada por el procedimiento legislativo adecuado dentro del ordenamiento jurídico del Estado de que se trate.

Además, debe satisfacer determinados criterios sustantivos. Así, tiene que perseguir la consecución de fines específicos taxativamente establecidos en los instrumentos de protección. Pero la mera utilidad no resulta suficiente, sino que la restricción ha de ser *necesaria* para la consecución de estos objetivos, lo que exige la demostración de que los mismos no podrían satisfacerse de igual manera obviando la restricción de derechos.



Dentro de estos fines –entre los que se encuentran la seguridad nacional, el orden público, entre otros- el más relevante es, a nuestro criterio, el estándar de “*necesidad en una sociedad democrática*”. Esta preponderancia se hace evidente cuando se advierten la profunda vinculación que existe entre la democracia y los derechos humanos y que nos lleva a proponer una lectura de todas las finalidades establecidas en los instrumentos de protección desde la perspectiva de este estándar de necesidad democrático.

Así por ejemplo, la definición de “*bien común*” propuesta por la Corte IDH hace referencia a “*la mayor vigencia de los valores democráticos*”. Con idéntico criterio, la referencia de la seguridad nacional debería entenderse como seguridad nacional en el contexto de una sociedad democrática –no justificándose, por caso, la limitación de derechos que tenga por fin el sostenimiento de un régimen antidemocrático- y la moral –concepto harto problemático-, desde la perspectiva de la democracia representativa, no puede ser entendida como una moral única que se impone a los grupos minoritarios, sino, muy por el contrario, una que admita la pluralidad de voces y que se asiente sobre el principio de no discriminación y el respeto a los derechos fundamentales.

En síntesis, la restricción de derechos debe obedecer, en palabras de la Corte IDH a una “*necesidad social imperiosa*” en una sociedad democrática –que hemos denominado *estándar de necesidad*-.

Pero si la pena de prisión, además de restringir derechos, supone el empleo de violencia, la misma debe ser analizada con criterios aún más rigurosos, puesto que ello supone no sólo la afectación del derecho restringido, sino, además, de la integridad personal y, potencialmente, de la vida. Así, este *principio de necesidad* que afecta la legitimidad de toda restricción de derechos se convierte en el caso del ejercicio del poder penal en un *principio de necesidad calificado*, que podemos denominar *principio de estricta necesidad* y que no es otra cosa que el principio de *ultima ratio*.

En efecto, la idea de utilidad y la exigencia de necesidad que, como continuidades históricas, aparecen presentes en las distintas conceptualizaciones del principio de *ultima ratio* reconocen, en esta interpretación, una fuente normativa clara que impone respetar la idea de subsidiariedad del poder penal – consecuencia lógica del principio de necesidad, según el cual el castigo violento solo procederá cuando se demuestre que la finalidad que se persigue no puede cumplirse por medios no violentos-.

Ahora bien, si el poder penal reconoce un límite propio en este *principio de estricta necesidad* –o principio de *ultima ratio*- ello debe tener consecuencias concretas en los modos en que los Estados ejercen este poder. Se trata de saber, en definitiva, cómo debe ser una política criminal minimalista y democrática conteste con los estándares consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La política criminal ha sido entendida de muchas maneras. Desde el mero arte de elaboración de leyes penales al conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal –en palabras de Borja Jimenez-. Alberto Binder, cuya opinión compartimos, la concibe como la rama de la política de gestión de la conflictividad que organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado para intervenir en la conflictividad y evitar de un modo general la violencia y el abuso de poder como forma de solucionar los conflictos.

La política criminal es, desde esta perspectiva, una verdadera política pública, y, como tal, participa de todos los caracteres que estas revisten. Con independencia de la naturaleza esencialmente mutable del concepto de política pública, hemos advertido que *lo propio de ella es, en primer término, ser algo más que una mera “decisión individual” -requiriéndose, por caso, la intervención de una pluralidad de agentes, organismos o instituciones estatales, y aún privada-; estar orientada por una finalidad o intención específica; y procurar incidir en el ámbito de “lo público”, sea cual sea el contenido que, en un contexto cultural e histórico determinado, se atribuya a dicho ámbito*. Todas estas notas son identificables en la conceptualización que hemos

formulado de la política criminal. La conflictividad con la que lidia puede medirse con la vara de la distinción público/privado, de modo que resulta siempre injustificado el empleo de medios violentos respecto de conductas que no afecten a otras personas. Además, el despliegue de violencia estatal a partir de un complejo entramado de organismos, funcionarios e instituciones atiende a la idea de política que excede la mera acción individual. Si a ello le sumamos que, conforme la conceptualización que venimos sosteniendo, el empleo de violencia se hace con una intención específica -conforme postula Binder, la de gestionar la conflictividad social a fin de que la misma no se resuelva en violencia y abuso de poder-, no queda sino concluir que la política criminal es una política pública en todos los términos de la caracterización previa.

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la relación entre las políticas públicas y el denominado enfoque de derechos ha dado lugar a provechosas elaboraciones en relación a los estándares y criterios de medición del cumplimiento de las obligaciones de los Estados, particularmente en materia de DESC. No obstante, este enfoque no es exclusivo de las políticas sociales y puede ser extensible a cualquier política pública, incluida la criminal.

Sin perjuicio de la aplicación de otros estándares provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la política criminal debe ceñirse a uno que le es propio: el estándar de *estricta necesidad* que constituye el principio de *ultima ratio*.

Si, como venimos sosteniendo, el principio de *ultima ratio* es una directriz de efectiva vigencia normativa vinculante para los Estados, ello acarrea una serie de consecuencias que impactan de manera directa en la política criminal que, para satisfacer los estándares establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deberá ser minimalista y democrática.

Hemos ensayado algunas consecuencias concretas del principio de *ultima ratio* en la política criminal. Así, por ejemplo, se destaca la absoluta importancia de producción de información precisa sobre los ámbitos de conflictividad sobre los que busca incidirse previo a cualquier tipo de intervención violenta. Con esta

información precisa en mano, el plan político criminal debe explicitar objetivos concretos y mensurables, plazos de cumplimiento de dichos objetivos y herramientas de medición para el monitoreo de los mismos.

La íntima relación entre democracia y derechos humanos también impone, desde el *principio de estricta necesidad en una sociedad democrática* una serie de exigencias en torno a la política criminal. En primer lugar, se exige que la elaboración de normas penales se haga a través del órgano legislativo del Estado, constituido por representantes elegidos democráticamente. Pero si bien ello es condición ineludible, no resulta suficiente para garantizar la satisfacción del estándar democrático. La discusión en torno a la política criminal debe exceder, necesariamente, el ámbito parlamentario y garantizar canales de comunicación eficaces, sobre todo, para aquellos cuyas voces han sido históricamente desoídas. Sólo de este modo puede garantizarse una verdadera participación democrática y evitar los peligros tanto del populismo como del elitismo penal respecto de los cuales nos advierte Gargarella.

Desde esta misma perspectiva, los procesos penales inflacionarios – caracterizados por el endurecimiento de las penas, la aparición de nuevas figuras penales o, en general, el aumento de la incidencia del castigo violento como respuesta a la conflictividad social- pueden ser calificados como una categoría sospechosa. Ello no implica, *per se*, la invalidez de los referidos procesos, pero sí la necesidad de someterlos a un escrutinio estricto de legalidad, y la carga de los agentes estatales de probar su necesidad.

El principio de *ultima ratio* también supone que el sostenimiento de planes político-criminales que se han evidenciado claramente ineficaces para el cumplimiento de los objetivos propuestos supone un empleo innecesario y, por ello, ilícito de violencia estatal, que hará incurrir a los Estados en responsabilidad internacional.

El estándar de estricta necesidad incide, además, en la denominada micropolítica criminal, que se encarga del empleo de poder penal en los casos particulares. Así, pueden deducirse de este estándar diversos criterios para

seleccionar en qué casos la respuesta penal aparece como *necesaria*, y en cuáles, por el contrario, se impone el empleo de los mal llamados “medios alternativos” de resolución de conflictos. Tal selección de casos debe manejarse con cierta plasticidad y optando, en caso de duda, por la respuesta no violenta, pero, como directrices, deben tenerse siempre en cuenta, por lo menos, las siguientes tres: la relevancia político-criminal del caso, esto es, la incidencia que el mismo puede tener –por su importancia, impacto o carácter representativo– en la consecución de los fines político-criminales; el nivel de violencia del caso concreto –puesto que ante caso casos de baja intensidad la aplicación de pena, antes que reducir los niveles de violencia social, los ampliaría–; y, fundamentalmente, la opinión de la víctima, cuyos derechos son siempre del mayor interés para la política criminal.

Finalmente, una política criminal conteste con el principio de *ultima ratio* debe respetar y robustecer los sistemas indígenas de resolución de conflictos. Ello por cuanto existe una indudable retroalimentación entre el principio de *ultima ratio* y el reconocimiento de la autonomía indígena, en la medida en que la preferencia por la respuesta no violenta implica en la enorme mayoría de los casos, la canalización de conflictos a través de los modos de gestión comunitarios y, estos, por su parte, suponen una reducción constante de la sanción violenta restrictiva de derechos.

La enumeración de consecuencias ensayada no pretende, en modo alguno, ser exhaustiva, ya que sin duda pueden imaginarse muchas otras áreas concretas de incidencia del principio de *ultima ratio*. Pero estas que hemos elegido referir nos parecen ineludibles. Así, en la medida en que este principio no es ya una práctica deseable, dependiente de la buena voluntad de los gobernantes, sino una verdadera exigencia de carácter normativo, las consecuencias que hemos enumerado y todas las otras que razonablemente puedan deducirse del estándar de estricta necesidad, constituirán, desde esta perspectiva, verdaderas obligaciones estatales cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad internacional.

## Bibliografía

Abramovich, V. (2007), Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Abramovich V., Bovino A., y Courtis C. (comps.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

Anitua, G.I. (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, ed. Del Puerto, Buenos Aires.

Anitua, G.I. (2011), El castigo en el pensamiento ilustrado. *Castigo, cárceles y controles*, Ediciones Didot, Buenos Aires, p. 39.

Arendt, H. (2006), *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Madrid.

Bacigalupo, E. (1996), *Manual de derecho penal*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá.

Beccaria, C. (2010), *De los delitos y de las penas*, Librería El Foro, Buenos Aires.

Bertoni, E. A. (2007), Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Abramovich V., Bovino A., y Courtis C. (comps.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

Binder, A. M. (2011), *Análisis político criminal*, Astrea, Buenos Aires.

Binder, A. M. (2013), *Derecho procesal penal, tomo I, Hermenéutica del proceso penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

Binder, A. M. (2014), *Derecho procesal penal, tomo II, Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

Blair Trujillo, E. (2009), *Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición*, disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n32/n32a2.pdf>, consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Borja Jiménez E. (2003), *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>, consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Bourdieu, P. y Wacquant, L. J. D. (1995), *Respuestas. Por una antropología reflexiva*, Editorial Grijalbo, México.

Cançado Trindade, A. A. (2001), *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Cançado Trindade, A. A. (2003), *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, t. I*, Sergio Antonio Fabris, Port Alegre.

Carrara, F. (1944a), *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires.

Carrara, F. (1944b), *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires.

Ciafardini, M. (2009), *Política Criminal y Prevención social del Delito ¿Qué cosa es la política criminal?*, en *La Cultura Penal, Libro Homenaje al Prof. Edmundo S. Hendler*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 257.

Felgueras, S. (2007), *El derecho a la libertad de expresión y las convenciones internacionales sobre derechos humanos: algunas asignaturas*

pendientes. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Abramovich V., Bovino A., y Courtis C. (comps.), Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid.

Foucault, M. (1976), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno Editores, México.

Foucault, M. (2003), *La verdad y las formas jurídicas*, ed. Gedisa, Barcelona.

Gargarella R. (2002) “Piedras de papel” y silencio: *La crisis política argentina leída desde su sistema institucional*, disponible en [http://cels.org.ar/common/documentos/2002\\_dossier1.pdf](http://cels.org.ar/common/documentos/2002_dossier1.pdf), consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Gargarella, R. (2009), *Populismo penal y democracia*, disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2009/04/populismo-penal-y-democracia.html>, consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Gargarella, R. (2014), *Contra el elitismo penal*, disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2014/01/contra-el-elitismo-penal.html>, consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Gargarella, R. (2016), *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

Gomiz, M.M. y Salgado, J.M. (2010), *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén.

Jelinek, G. (2000), *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Jimenez de Asúa, L. (1950), *Tratado de derecho penal, tomo I, Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires.



Kant, I. (1784), *Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?*, disponible en [https://geografiaunal.files.wordpress.com/2013/01/kant\\_ilustracion.pdf](https://geografiaunal.files.wordpress.com/2013/01/kant_ilustracion.pdf), consultado por última vez el 5 de noviembre de 2016.

Muñoz Conde, F. (2009), Una nueva forma de entender la historia contemporánea del derecho penal. A propósito de la obra de Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal), en *Política Criminal*, Vol 4 n° 7 (Julio 2009), disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_04/n\\_07/Vol4N7R1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7R1.pdf), consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Ozafrain, L. (2015), Política criminal y enfoque de derechos: la incidencia de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ejercicio de la violencia estatal, en *Revista Anales*, año 12, n° 45, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, p. 280.

Pinto, M. (2011), *Temas de derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires.

Raffin, M. (2006), *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Ed. del Puerto, Buenos Aires.

Ramírez, S. (1999), Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario. *Pena y Estado*, año 4, número 4: *Justicia penal y comunidades indígenas*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 67.

Regalado, J. A. (2012), De las sanciones y las penas en la justicia indígena. *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Alemania, p. 102, disponible en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_31740-1522-4-30.pdf?120925194132](http://www.kas.de/wf/doc/kas_31740-1522-4-30.pdf?120925194132), consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Salvioli, F. O. (1997), *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público*, disponible en [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/1798/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/1798/Documento_completo.pdf?sequence=1), consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Sieder, R. (1999), *Derecho consuetudinario y poder local en Guatemala. Pena y Estado, año 4, número 4: Justicia penal y comunidades indígenas*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Soler, S. (1989), *Derecho Penal Argentino*, tomo I, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires.

Wendt, R. (2013) *The Principle of "Ultima Ratio" And/Or the Principle of Proportionality*. Oñati Socio-legal Series [online], 3 (1), 81-94., disponible en <http://ssrn.com/abstract=2200873>, consultado por última vez el 20 de diciembre de 2016.

Zaffaroni, E. R., Alagia A. y Slokar A. (2005), *Manual de Derecho Penal Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, E.R. (2012), *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires.